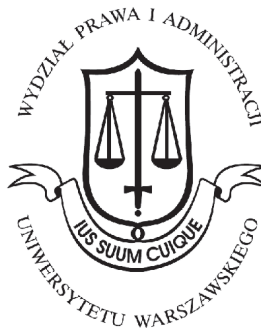




PRZEGLĄD PRAWNICZY
UNIwersYTETU
Warszawskiego

WARSAW UNIVERSITY LAW REVIEW



Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego

ROK XV
VOLUME 15

2016

NUMER 1
NUMBER 1

Redakcja:

Redaktor Naczelny (Editor-in-Chief)
Maciej Troć

Zastępcy Redaktora Naczelnego (Deputy Editors-in-Chief)
Magdalena Hudyma
Piotr Króliński
Katarzyna Stradomska

Sekretarz Redakcji (Secretary of the Editorial Board)
Bartosz Gryziak

Kolegium Redakcyjne (Editors):

Katarzyna Bąkowska
Agata Bienia
Klaudia Dąbrowska
Bartosz Dębek
Maciej Gil
Patrik Kalinowski
Maria Kozłowska
Filip Ludwin
Maria Magierska
Anna Olmińska
Piotr Pawlak
Agnieszka Piasecka
Magdalena Rosa
Daria Świdarska
Anna Wiaksa

Rada Naukowa:

prof. dr hab. Tadeusz Ereciński
prof. dr hab. Ludwik Florek
prof. dr hab. Lech Gardocki
prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski
prof. dr hab. Jerzy Rajski
prof. dr hab. Marek Safjan
prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski
prof. dr hab. Maria Zabłocka

Opiekun Naukowy:

prof. dr hab. Adam Bosiacki

ISSN: 1644-0242

Nakład: 150 egzemplarzy

Ten numer Przeglądu Prawniczego Uniwersytetu Warszawskiego został wydany dzięki pomocy finansowej (this Warsaw University Law Review was published with the financial support of):

Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

Adres redakcji: „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa
e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Wydawca: „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego”
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa
e-mail: ppuw@wpia.uw.edu.pl

Skład i łamanie: PanDawer, www.pandawer.pl

Organizacja druku: PanDawer, www.pandawer.pl

WYKAZ SKRÓTÓW

EPS	Europejski Przegląd Sądowy
ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
FTK	Federalny Trybunał Konstytucyjny
GSP	Gdańskie Studia Prawnicze
IKAiR	Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
ILM	International Legal Materials
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego
MoP	Monitor Prawniczy
NP	Nowe Prawo
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna
OSNCK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej i Izby Karnej
OSN-ZD	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Zbiór Dodatkowy
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Seria A
OTK ZU	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Zbiór Urzędowy
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
PiM	Prawo i Medycyna
PiP	Państwo i Prawo
PP	Przegląd Podatkowy
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
PS	Przegląd Sądowy
PUG	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny
SA	sąd apelacyjny
SC	Studia Cywilistyczne
SN	Sąd Najwyższy
St. Iur.	Studia Iuridica
St. Pr.-Ek.	Studia Prawno-Ekonomiczne
TS	Trybunał Sprawiedliwości
UE	Unia Europejska
WPP	Wojskowy Przegląd Prawniczy

SPIS TREŚCI

<i>Sophie McNeill</i>		
The Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: An Effective Mechanism or a Diplomatic Show?		7
<i>Krzysztof Kozmiński</i>		
Krytyka ekonomicznej analizy prawa		31
<i>Dominika Piasecka</i>		
Problem zadośćuczynienia za krzywdę osobom niezdolnym do jej odczuwania		61
<i>Daniel Lubowiecki</i>		
Ochrona płodu w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka		80
<i>Aleksandra Kozak</i>		
Skutki wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego		93
<i>Julia Berg</i>		
Przestępstwo handlu ludźmi – charakterystyka zjawiska		111
<i>Bartosz Soloch</i>		
Zasada przychylności prawu międzynarodowemu: czy wciąż chodzi o to samo? Refleksje na kanwie orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego 2 BvL 1/12 („treaty overriding”) z dnia 15 grudnia 2015 r.		134
<i>Agata Bienia</i>		
Sukcesja dóbr kultury w prawie międzynarodowym		151
<i>Katarzyna Wawrzyńczyk-Mistyga</i>		
Implementacja decyzji ramowej w sprawie ENA w Polsce i w Wielkiej Brytanii – dekada współpracy i perspektywa zmian		165
<i>Wojciech Bańczyk</i>		
Sposoby ochrony „słabszej strony” umowy zawieranej za pomocą wzorca w polskim prawie zobowiązań XX i XXI wieku		211
<i>Michał Bajerski</i>		
Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2013 r., III CZP 79/13 (OSP 2014, nr 10, poz. 91)		241

ARTYKUŁY

(ARTICLES)

THE OPTIONAL PROTOCOL TO THE CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN: AN EFFECTIVE MECHANISM OR A DIPLOMATIC SHOW?

1. Introduction

The International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (UNCEDAW) is one of six major treaties currently enforced by the United Nations. Its objective is to eradicate the continuing discrimination against women around the world. Discrimination is described in the convention as “any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex”.¹ From this definition, any forms of discrimination from the above in any area, such as the workforce, education, civil servant, citizen status, etc. is strictly prohibited.

To monitor implementation of the UNCEDAW Part V, Article 17 establishes the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). CEDAW consists of twenty-three experts of high moral standing and competence, demonstrating expertise in their field. Their function is to monitor the work of States to implement every article of the Convention, steps taken by States to ensure that these provisions are upheld and dutifully observed. Following the introduction of the Optional Protocol in 2000 the Committee is now able to investigate State conduct and accept complaints made by individuals or other Contracting States.²

The Committee is responsible for observing implementation through the periodic reporting procedure contained in Article 18 of UNCEDAW. Under the Optional Protocol it also investigates State implementation and approach to gender equality. With the rise of feminism and gender

* University College Dublin, Belfield, Dublin 4, Ireland, e-mail: sophie.mc-neill.1@ucdconnect.ie.

¹ Article 1, Part I of the United Nations Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (UNCEDAW).

² Suzanne Egan, *The UN Human Rights Treaty System: Law and Procedure* (Bloomsbury Professional 2011), 193–205.

equality movements it seems inevitable that the Committee will have its job cut out for them. The need for equality is vital in a world that accepts human rights. Is this, however, a dream or is it reachable in the real world?

As with other UN Conventions reporting procedures are not respected with regards to UNCEDAW. Some Contracting States have failed to report altogether (Afghanistan, Bahamas, Botswana, Chad, Dominica, Grenada, Haiti, Kiribati, Liberia, Monaco, Montenegro, Oman, San Marino, Switzerland, Tuvalu, United Arab Emirates) whereas some have combined reports due to failure to report in previous sessions (Albania, Austria, Bangladesh, Brazil, Cape Verde, Congo, Dominican Republic, Ecuador, France, Germany, Ghana, Ireland, Jamaica, Latvia, Mali, Myanmar, Nepal, Philippines, Moldova, Slovakia, Thailand, Ukraine, Vietnam, Zambia).³ This is the first major issue faced by CEDAW, one of many.

The purpose of CEDAW is to improve gender equality but with lack of backing from the United States gender equality is set back. The influence the United States has on many states is important to recognise and realise. The effect of the failure of ratification in the United States is clearly visible in the failing periodic reports and lack of effective remedies and measures taken by Contracting States to ensure compliance. As such is the Committee fighting a losing battle or are they making progress in the area of gender equality? Is CEDAW nothing more than a diplomatic show in order to appear to further gender equality when in reality it is only spinning its wheels?

This article aims to critically look at the introduction of an inquiry procedure and complaints mechanism by the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (OP-CEDAW) in December 2000. By way of example of the Committee's work using the OP-CEDAW inquiry mechanism, its report on Mexico in 2005 will be examined in detail as to its effect and legacy.

³ All statistics accessed on the UN Website for Gender Equality and Empowerment of Women, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/history.htm>.

2. History of OP-CEDAW

Originally objected against was any monitoring body whatsoever. Some even stated that these procedures were only required for “serious international crime”.⁴ Despite there being discussions on a potential monitoring body at the time of drafting very little attention was paid to the inclusion of a complaint mechanism or inquiry procedure.

The only potential monitoring procedure included in the UNCEDAW was contained in Article 18, the reporting procedure. It requires a report to be submitted to the Secretary General of the UN on “the legislative, judicial, administrative or other measures which they have adopted to give effect to the provisions of the present Convention”.⁵ A report is required one year after ratification and every four years thereafter or whenever the committee so requests it.

After the ratification of UNCEDAW in 1981 by 189 Contracting States it soon became apparent that a complaints procedure was required. Feminism and the rise of gender equality that began in the 90s and continues to be present today called for a more stringent approach to the implementation of UNCEDAW. In 1993, at the world summit in Vienna, it was noted in the Vienna Declaration and Programme of Action, that there was a requirement for the adoption of an inquiry and complaints (both individual and inter-state) procedure. As such the Conference called upon the Commission on the Status of Women (CSW) and CEDAW to introduce quickly the right to petition through an Optional Protocol.⁶

OP-CEDAW was drafted and open for signature by October 1999 and entered into force in December 2000. There are currently 108 contracting States to OP-CEDAW.⁷ By ratifying OP-CEDAW the State party acknowledges and recognises the authority held by CEDAW to investigate complaints made by individuals and groups of individuals within

⁴ United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women website, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/history.htm>.

⁵ Article 18, Part IV UNCEDAW.

⁶ <http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/ViennaWC.aspx>.

⁷ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=-4&clang=_en.

their territory and the ability of CEDAW to launch inquiries based on its own merit.⁸

The OP was a huge step forward in terms of holding States, party to CEDAW, accountable for implementing mechanisms to ensure gender equality in workplaces, at home and in law. 108 States have ratified the treaty making it a successful treaty in terms of ratification. Those States that ratified the treaty are subjected to CEDAW investigations and complaints.

Though this is a huge advance in the area of gender equality, especially at the time of ratification, these are only statistics. Though OP-CEDAW has been a success, in terms of signatories, has it been a success in terms of effective remedies? Has OP-CEDAW held States accountable under the terms of UNCEDAW? Have States been cooperative with CEDAW during investigations? These are all questions to bear in mind as we examine the operations of CEDAW following the ratification of OP-CEDAW on 22nd December 2000.

3. Background to Ciudad Juarez

Ciudad Juarez is located in Chihuahua, Mexico. It is infamous for the violent crimes against women that occur there every day. The violence in Ciudad Juarez began to increase in the 1990s, reaching a peak in 1995 when fifty-two women were murdered during that year, prompting CEDAW's investigation in 2003.⁹

One of the biggest problems causing the rapes and murders of women in the city was the local police. They failed to effectively catalogue evidence, frequently misidentified bodies and were disinterested in the murder of women.¹⁰ Problems continued to form when police began victim blaming the women for their own murders. Women who were out on the street at night were deemed "bad girls" and were "inviting"

⁸ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol>.

⁹ Mark Ensalaco, *Murder in Ciudad Juarez*, Sage Publications (May 2006), <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1077801206287963>.

¹⁰ Natalie Panther, "Violence Against Women and Femicide in Mexico: The Case of Ciudad Juarez" *Oklahoma State University* (June 2007), Chapter Three.

trouble, despite the fact that many of the women were abducted on their way to or from work.¹¹

As the murders continued throughout the 90s and into the early 2000s a trend and pattern began to emerge. Most of the women killed were workers in the “Maquiladora” (colloquial term for the many factories in Ciudad Juarez). Between 1993 and 2003 approximately four hundred women were murdered, one hundred of those victims were raped before being killed. Bodies were brutally treated with many being mutilated and dismembered.¹² It soon became apparent that there was a serial killer in Ciudad Juarez and only when international attention began to be paid to the situation did the police launch an investigation.

The investigation was poorly executed with most of their efforts put on blaming the victims and even their families for allowing them out at night or for wearing provocative clothing.¹³ The police began by looking for drug cartels and other associations with history of violence. They arrested several suspects none of whom were successfully convicted due to lack of evidence or botched investigative techniques.¹⁴

With violence continuing to grow and still no effective measures taken to protect women and find the culprits, women were being murdered every day, their bodies being discarded in the desert surrounding the city. The lack of effective investigation and protection for women was a huge violation in women’s rights in multiple human rights treaties, supposedly enforced by the Mexican government.¹⁵

It was clear that United Nation intervention was required. The OP-CEDAW would be the perfect tool to investigate and hopefully aid the end of the extreme sexual violence against women in Ciudad Juarez. CEDAW resolved to begin an inquiry in its twenty-eighth session in January 2003

¹¹ Ibid.

¹² The Associated Press, “Commission: Killings of Women Decline in Ciudad Juarez” (7 December 2004), http://web.lexis.nexis.com/universe/document?_m=f687733fd082d05d11cb14711761ce5.doc.

¹³ Melissa W. Wright, “A Manifesto against Femicide”, *Antipode*, 33 (July 2001), 557.

¹⁴ John Burnett, “Chasing the Ghouls: The Juarez Serial Murders” *Columbia Journalism Review* 42 (March/April 2004) 12.

¹⁵ Lydia Alpizar, “Impunity and Women’s Rights in Ciudad Juarez” *Carnegie Council: The Voice for Ethics and International Policy*, http://www.cceia.org/resources/publications/dialogue/2_10/articles/1056.html.

following a complaint issued by “Equality Now” and “Casa Amiga” in 2002.¹⁶ CEDAW would finish its investigation in 2004, following a State visit in 2003, but only published its findings in 2005. The ninety-three-page document encompasses the report of CEDAW and the Government of Mexico’s response.

This was the first time that Article 8 of OP-CEDAW was invoked. In order to examine its effect and objective we must examine the reporting done by CEDAW, how it conducted the State visit to Mexico and its conclusions and recommendations. The Mexican Government’s response will also be examined in order to assess the response of Governments to the authority of CEDAW and their conclusions.

4. CEDAW Report

After a complaint submitted by Equality Now and Casa Amiga in 2002, CEDAW instigated an investigation. The complaint detailed the failure of the police to investigate the numerous murders of women and the failure to identify and sentence the perpetrators. Upon request from the Committee the Mexican government agreed to provide CEDAW with additional information, to allow a State visit and to cooperate with CEDAW fully during its investigation.

Members of CEDAW visited Mexico between the 18th and 26th of October in 2003. They visited the Federal District and State of Chihuahua (including Ciudad Juarez). They conducted interviews with various ministries, including the Ministry of the Interior, and a number of members of the Attorney General’s office, police and the public prosecution. They also met with members of Equality Now and Casa Amiga.¹⁷

In Ciudad Juarez, the members met with various non-governmental organisations, police and members of the victims’ families. They visited numerous sites where victims’ bodies had been found and the

¹⁶ Report on Mexico produced by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol to the Convention, and reply from the Government of Mexico (January 2005), hereinafter CEDAW Report (2005).

¹⁷ CEDAW Report (2005) 6.

poorest parts of the city. Two experts accompanied them and conducted interviews with the State Prosecutor and relatives of the victims.¹⁸

Though it seems the Committee was able to fit a lot into their visit to Mexico, they were only there eight days. In a situation where there is a clear human rights crisis in Mexico, eight days does not seem like a sufficient amount of time to fully understand the problems. Though extensive research was undertaken, prior to the visit, and during the visit, eight days is not a long time when the sheer volume of people affected is taken into account. The police, prosecutors, special investigators, victims' families, non-governmental organisations and various other persons must be contacted and interviewed. Case files must be read and understood in order to ascertain the level of investigation gone into the murders of these women. Given that between 1993 and CEDAW's visit there were just above four hundred murders in the city, eight days does not seem like a sufficient amount of time to accurately conduct interviews, review case files and talk to relatives of the victims.¹⁹

CEDAW did try to understand the root and causes of discrimination and violence towards women in Ciudad Juarez. It identifies, in its report, that the creation of jobs specifically for women within the numerous factories throughout the city, with no alternative for men, caused resentment towards the female population, which can account for some of the violent rage taken out on the murder victims.²⁰

The Committee recognised that the Mexican Government had established the Office of the Special Prosecutor to investigate the murders in Ciudad Juarez. The National Human Rights Commission considered thirty-six cases in 1998 and found huge deficiencies amongst the police investigators and gathering of evidence.²¹

CEDAW identifies the inadequate measures taken by the police in their investigations and protection of the women of Ciudad Juarez. The lack of impunity fuelled the increase in murders and disappearances with

¹⁸ CEDAW Report (2005) 7.

¹⁹ Sandra Jordan, "Rich Killers" stalk City of Lost Girls' *The Guardian* (2 November 2003).

²⁰ CEDAW Report (2005) 9 para 25.

²¹ CEDAW Report (2005) 9 para 28.

no definite figure found for the number of victims. The report then goes on to list the violations made by the Mexican Government in allowing these murders to continue and be left unpunished.²²

Mexico has signed and ratified many human rights treaties, including UNCEDAW, OP-CEDAW and the Universal Declaration of Human Rights. In taking on these voluntary obligations CEDAW is very critical of their blatant violations of the rights that Mexico had promised to uphold.²³ CEDAW continues to list articles breached by the Mexican Government in the case of Ciudad Juarez and the violence against women. It includes the violation of Article 1 of the Convention as the violence witnessed in Ciudad Juarez inhibits women's ability to enjoy the rights contained in UNCEDAW.²⁴ Article 2 is also violated as public authorities of Mexico have failed to take precautions to ensure the safety of women in Ciudad Juarez.²⁵ Article 5 has been violated as the Mexican government has failed to take effective measures to prevent the violence which arises out of the growing resentment of unemployed men towards the women working in the maquiladoras.²⁶ CEDAW considers that article 6 may apply and be violated as the disappearances of women, whose bodies are not discovered and may well be alive, may be linked to human trafficking which the Government of Mexico has elected to legislate against without effective measures in place. Article 15 was also considered by CEDAW in that equality towards women and men, specifically in the right to free movement, may be impeded by the state authorities and the maquiladoras in Ciudad Juarez.²⁷

It also became apparent during CEDAW's State Visit that the police investigations were totally inadequate. One of the biggest problems created by the police themselves was their practice of victim blaming.²⁸

²² CEDAW Report (2005) 13 paras 48–60.

²³ CEDAW Report (2005) 13 para 49.

²⁴ CEDAW Report (2005) 13 para 51.

²⁵ CEDAW Report (2005) 14 para 58.

²⁶ CEDAW Report (2005) 14 para 57.

²⁷ CEDAW Report (2005) 14 para 58.

²⁸ CEDAW Report (2005) 15 paras 66–67.

The police also showed a disinterest in correctly identifying the bodies of victims. Some victims would be identified and later their bodies lost, misplaced or mixed up with a different body.²⁹

The Committee were also unimpressed by the failure of the police in Ciudad Juarez to act on abduction cases, usually blaming the victim for their own disappearance and refusing to look for the victims.³⁰ To combat the vast number of missing persons cases the police began to implement a new system of “high risk” abduction cases. These were the abductions of girls who were abducted on their way to or from school or work and had no reason to disappear. This excluded a huge number of girls from poor backgrounds or those with family problems.³¹

The experts accompanying the Committee were very critical of the obvious corruption infiltrating the Ciudad Juarez police officers. Many took bribes to cover up drug imports, others planted evidence at crime scenes to “solve cases” faster. The police also preferred to discredit the victim and blame them for their own fate so as to close the case without having to investigate.³² The experts were also very surprised by the hostile attitude towards the victims’ family. The Committee used actual case reports in their report to explain the inadequacy of the police investigation in Ciudad Juarez.

Josefina Gonzalez identified the body of her daughter, however upon seeing her eight days later the body was completely decomposed. The police refused to carry out DNA tests and requested payment for her medical file, which Mrs Gonzalez could not afford.³³ In the case of Ramona Rivers the police completely failed to investigate the disappearance of her daughter, blaming a man for her murder who was already in prison.³⁴ Rosaura Montanes was asked to identify her daughter by her

²⁹ CEDAW Report (2005) 16 para 72.

³⁰ CEDAW Report (2005) 16 paras 75–82.

³¹ CEDAW Report (2005) 17 para 84.

³² CEDAW Report (2005) 18 paras 94–96.

³³ CEDAW Report (2005) 20 para 112.

³⁴ CEDAW Report (2005) 21 para 113.

foot, twenty feet away.³⁵ When Patricia Cervantes refused to identify her daughter's body, as the victim's hair was a different colour to her daughter's, the police threatened her. They insisted it was her daughter but Ms Cervantes refused to identify her.³⁶

The Committee's reporting, though initially objective and analytical, seems to deteriorate into shaming the police of Ciudad Juarez and Mexican public authorities. Whilst beginning by listing human rights violations and victimology the report quickly descends into listing and blaming the police for their inadequate investigatory procedures. The large list of victims and their families listed in the report, though at some points unnecessary, does give the situation a distinctly real feeling. The names and family members listed in the report are numerous and real. Their struggles are detailed by the Committee and interviews. Their difficulties with the police of Ciudad Juarez is upsetting and almost unbelievable. The real case history gives an emotional side to the reporting procedure. Is this appropriate, however, to include in a report to the General Assembly? Is the emotional impact desired by the Committee necessary or over indulging their horror at what met them at Ciudad Juarez?

Though this report is long and detailed it repeatedly blames the Ciudad Juarez police. It calls them inadequate, lazy and unspeakable. It is difficult to see how this could be helpful in such a report. Though it is clear to see that the police in Ciudad Juarez are very much inadequate and fail to properly protect the women of the city and investigate disappearances and deaths, perhaps blaming the individual police officers is not helpful. The Committee fails to place much blame on the Government of Mexico, high ranking officials in Ciudad Juarez or the Prosecutor's Office, instead they blame solely the police force. They accuse them of evidence planting, gross negligence and serious misconduct. Though it is very plain to see, upon reading the report, that this is true, the quite offensive and aggressive approach taken by the Committee towards the police in Ciudad Juarez may come across as over-emotional and result in a defensive approach taken by the police themselves.

³⁵ CEDAW Report (2005) 22 para 118.

³⁶ CEDAW Report (2005) 22 para 119.

Rather than simply highlighting deficiencies in the police force the Committee instead highlights deficiencies with police officers. Though this is absolutely necessary, is such an approach the correct way to assess on a State visit? Is it correct to openly blame and shame the law enforcement officers of the city or will this simply impact negatively on the attitude towards the CEDAW Report? Will it have negative effects and defensive tactics by the Mexican government, cutting off the mutual trust that OP-CEDAW is founded upon? This seems like a very strong and serious approach to take by CEDAW and it is uncertain if such an approach is wise.

The Committee's appraisal of the steps taken by the Mexican government to combat the growing violence in Ciudad Juarez is far more objective than their analysis of local law enforcement. They acknowledge the several bodies and commissions set up by the Government of Mexico in trying to combat the violence occurring in Ciudad Juarez, however they do comment that the steps taken do tend to "play down gender violence".³⁷ The State established the National Women's Institute in 2001 specifically to follow up on the murdered women.³⁸

In 2003 the Government of Mexico established the Programme of collaborative action by the federal government to prevent and combat violence against women in Ciudad Juarez.³⁹ It had three aims, to prevent crime and administer justice, social advancement and protecting human rights of the women living in Ciudad Juarez. A stress was placed on cooperation with the FBI to train the police officers effectively.⁴⁰ The submissions from third party organisations indicate that the presence of federal police does more to intimidate the inhabitants of the city, rather than to protect women. The launching of an awareness campaign was also criticised by both organisations and the committee for placing the responsibility of preventing violence on the women themselves,

³⁷ CEDAW Report (2005) 27 para 163.

³⁸ CEDAW Report (2005) 28 para 166.

³⁹ CEDAW Report (2005) 29 paras 172–174.

⁴⁰ CEDAW Report (2005) 30 para 182.

rather than on society.⁴¹ There was also an apparent lack of coordination between the various bodies set up by the Mexican bodies. Those working in the bodies were inadequately trained and there was no clear objective of the implementation and maintenance of the working bodies.⁴²

The committee's generally upbeat appraisal of the Mexican government can be an effective way of promoting good faith and cooperation between the government and UN institutions. On 1st September 2003 President Fox promised to appoint a commissioner to coordinate the involvement of the Federal Government in the situation in Ciudad Juarez. The committee was very positive towards this suggestion. The commissioner would coordinate the various public bodies in solving the violence in Ciudad Juarez. She would also be in contact with the relatives of the victims of the violence in the city. She would liaise and help them in finding justice for the loss of their loved one.⁴³ As well as a positive response from CEDAW, the relatives of those murdered and the non-governmental organisations were also positive at the prospect of a commissioner.⁴⁴

The assessment of the measures adopted by the Government of Mexico and the public bodies therein was generally upbeat and positive. The approach taken was far more objective and constructive than that of the assessment of the police officers themselves. With a far more objective approach the positive aspects of the measures taken were encouraging. With the inclusion of reports by non-governmental organisations the Committee drew their report to a close on a positive outlook.

With a far more positive appraisal of measures taken by the Mexican government it does seem odd that CEDAW would take such a negative approach towards the police officers in Ciudad Juarez. The emotional aspect of the report early on seems unnecessary and perhaps unhelpful towards the police officers and prosecutors in Ciudad Juarez. The report, though clearly highlighting deficiencies in the local authorities in Ciudad Juarez does not as clearly and distinctly highlight the deficiencies in

⁴¹ CEDAW Report (2005) 33 para 207.

⁴² CEDAW Report (2005) 34 para 211.

⁴³ CEDAW Report (2005) 35 paras 220–221.

⁴⁴ CEDAW Report (2005) 35 para 223.

the measures taken at a federal level. Though there is comment on the coordination and planning of the authorities and commissions, there is no comment on the realistic expectations and ambitious nature of the measures adopted by the State.

With such differences between the analysis of both local and federal authorities it appears that CEDAW is not totally unaware of the negative effect critical comments can make at a federal level. Is the reason for such optimistic and positive words towards the Mexican State because of the tension surrounding state sovereignty and UN institutions? Such an optimistic approach towards the federal government and a contrasting negative approach towards local authority seems arbitrary as federal changes would be far more substantial and effective than local changes. This contrasting approach highlights the cautious approach taken by CEDAW in order to preserve state sovereignty rather than a firmer approach, similar to the comments made about local enforcement, which can have an effective and constructive result.

5. Committee Recommendations

The Committee applauded the Mexican government for the positive measures taken by them but concluded by saying they are insufficient.⁴⁵ CEDAW suggests adopting specifically gender based measures, giving due regard to differing social status of men and women. Concerns are also raised by the committee about the mistrust between non-governmental organisations and the public authorities. CEDAW places the blame for this mistrust on the local authorities in Ciudad Juarez. It is therefore their responsibility to foster better relations with non-governmental organisations and the relatives of victims.⁴⁶

Following up on the inadequacy of the local authorities CEDAW recommends a punishment placed on officers who do not act effectively during investigations of murder, sexual violence or disappearances. They recommend criminal sanctions on those officers who allow for

⁴⁵ CEDAW Report (2005) 42 para 264.

⁴⁶ CEDAW Report (2005) 43 paras 269–270.

the impunity existing in Ciudad Juarez to proceed.⁴⁷ They also recommend the establishment of an emergency response search mechanism in the event of disappearances. The search body should be organised and searching for the disappeared within twenty-four hours of the filing of a report, currently the police rarely investigate disappearances.⁴⁸

The Committee also recommends sufficient training of local law enforcement to cope with the large number of crimes occurring in the city, as well as diverting more resources to aid the local officers. There is also a timid suggestion to “consider” establishing an arrangement with the United States to aid the disappearances and murders of the women in Ciudad Juarez. The wording of this suggestion is not firm in the least and seems to be nothing more than a timid attempt at international cooperation without any real vindication or hope of such an arrangement actually taking form.⁴⁹

As for the actual prevention of violence against women, CEDAW recommends that the Mexican government should not downplay the extreme violence against women in its cities and instead treat each count as a violation of fundamental rights of these women, in doing so they will acknowledge the gross and systematic violations occurring in Ciudad Juarez every day.⁵⁰

To combat discrimination specifically the committee recommends the inclusion of male figures in campaigns to raise awareness for equality and protection, in doing so they may influence the male population to be more aware of the violence and violations against women. CEDAW also recommends legal support for victims of violence and the relatives of murdered or disappeared women. They also suggest a national monitoring body to monitor the authorities in Ciudad Juarez closely.⁵¹

Some of the recommendations made by the Committee are practical and reasonable. Once again, heavy blame is placed on the local authorities

⁴⁷ CEDAW Report (2005) 44 para 274.

⁴⁸ CEDAW Report (2005) 44 para 276.

⁴⁹ CEDAW Report (2005) 44–45 paras 278, 283–284.

⁵⁰ CEDAW Report (2005) 45 para 286.

⁵¹ CEDAW Report (2005) 46.

in Ciudad Juarez, rather than on the authorities of Chihuahua for not training them adequately or punishing them for gross negligence and accepting bribes. There are few recommendations for change at a federal level, and those that are included are timid, the language used is far less forceful than in other recommendations aimed at a local level. Though state sovereignty is important in these proceedings to maintain mutual trust and international cooperation the obvious concerns of CEDAW towards offending the Mexican government come across as weakly calculated recommendations.

The wording and language used does not seem hopeful that the recommendation will not be complied with before the government has even considered it. With such an approach is CEDAW not setting itself up for failure? With timid language, it would seem that the suggestion is not truly a suggestion and would not be considered as closely by the government as the other more forceful suggestions in the report. This adds to the general hypothesis that CEDAW is not in fact an effective monitoring body but a diplomatic show of international cooperation. The very notion that they are afraid to make strong recommendations at a national level seems to make the whole process arbitrary. Though local recommendations come across firmly and adamantly, any recommendation to the Mexican Government is quite the opposite and begs the question as to whether or not mutual trust actually exists enough for it to be protected.

6. The Response of the Government of Mexico

In its initial response, the Mexican government is quick to blame local law enforcement deficiencies for the serious human rights violations in Ciudad Juarez. They claim that not only is it inadequate local law enforcement but also as a result of deep seated cultural beliefs that women are inferior.⁵²

The report provided by the Mexican Government highlights the national measures taken by the government to ensure gender equality in Mexico. In 2001 the National Women's Institute (INMUJERES) was established.

⁵² CEDAW Report (2005) 51.

Followed by the National Programme for Equal Opportunity and Non-discrimination against Women (PROEQUIDAD). Following from this the National Programme for a Violence-Free Life was set up. On the basis of this the Mexican government highlight how much work they have done to promote gender equality rights and that they have taken every step required by international law.⁵³ They do however acknowledge that more still needs to be done. In response to the recommendations made by CEDAW the report is realistic in its saying that changing these cultural aspects of gender discrimination will be a lengthy and ongoing process.⁵⁴

To further offer explanation for allowing the violence in Ciudad Juarez to grow over the course of the decade, the government highlights that steps were taken to combat this growth. In 1998 the Office of the State Special Prosecutor was established to investigate the murders of women in Ciudad Juarez.⁵⁵ In its report the government maintains that promising results were received following the establishment of this office. However, over the course of 1998 to 2003 murder rates grew, as did cases of sexual violence. The Mexican Government further highlights how cooperative it has been with international bodies and scrutiny. It lists the number of visits it has welcomed, and at times requested. It details the multiple institutions it has added to and the information and willingness of this particular state visit.⁵⁶

In response to CEDAW's report the Government of Mexico established the Chihuahua Women's Institute (ICHIMU). Its aim is to promote equal opportunities for women and "foster a culture of nonviolence".⁵⁷ A programme for the support of close relatives of murder victims was also drawn up, it included plans for psychological care and training on criminal and legal proceedings. ICHIMU also remains in contact with Nueva Vida Association, a non-governmental organisation that aids the

⁵³ CEDAW Report (2005) 53.

⁵⁴ CEDAW Report (2005) 55.

⁵⁵ CEDAW Report (2005) 57.

⁵⁶ CEDAW Report (2005) 58–59.

⁵⁷ CEDAW Report (2005) 60.

victims and relatives of violence.⁵⁸ The government also reports that it has launched an awareness raising campaign, regular patrols of Ciudad Juarez, “gender equality” workshops and a conference on violence against women in Ciudad Juarez and the wider Chihuahua State area.⁵⁹

The Ciudad Juarez local enforcement has also been trained to assist the relatives of victims of murder or sexual violence (in association with Casa Amiga). Modern forensic labs and technology for criminal investigations has been made available to the police force to aid in their investigations into the murders and disappearances of the women in Ciudad Juarez. Surveillance sweeps are also carried out regularly along the streets.⁶⁰

On a national level the Federal Government has taken comprehensive steps to combat the issues faced in Ciudad Juarez. They promise to provide support and funds for the local police network. It wishes to establish contact with the local government in the State of Chihuahua and with the relatives of the victims. The Federal Government has installed four shelters for women victims of domestic violence.⁶¹ A programme for psychological care of victims was also designed, as well as two campaigns for the prevention of domestic violence.⁶² The Ministry of Health has offered financial support and training for local public bodies to deal with the psychological harms faced by the victims and their families.⁶³

The Ministry of Labour and Welfare has invested in a programme to adapt private transport routes to and from factories. They have opened 29 day-care centres and recommended a savings account constituting 10 per cent of worker’s wages. The establishment of medical clinics on maquiladora property was also instigated.⁶⁴

In response to the question as to why the Federal Government did not step in sooner the report outlines the legal system of Mexico. It

⁵⁸ CEDAW Report (2005) 59–62.

⁵⁹ CEDAW Report (2005) 63.

⁶⁰ CEDAW Report (2005) 64.

⁶¹ CEDAW Report (2005) 69.

⁶² CEDAW Report (2005) 70.

⁶³ CEDAW Report (2005) 70.

⁶⁴ CEDAW Report (2005) 70–71.

maintains that in order for a case to be adopted at a federal level it must be a crime committed by a gang. Where “ordinary” crimes occur, the Federal Government has no reason to interfere with state competence.⁶⁵ Once again the local law enforcement in Ciudad Juarez is blamed for a problem far larger than the misconduct of police officers.

In relation to the handling of abductions by the Ciudad Juarez police a new system has been put in place that all missing persons reports will be handled within the first twenty-four hours of filing the report. The case will not be closed until the person has been found and a reason established for their disappearance.⁶⁶

The Federal Government also, at the request of the Committee, established communication with the Federal Bureau of Investigation (FBI) in America. Training of officials in Ciudad Juarez was initiated in areas of evidence, interrogations, investigations and abductions.⁶⁷

In concluding its report the Government of Mexico highlights, once again, the challenges it has faced in completing the report. They blame the incompetence of the local authorities but insist that it is no reflection on the general stance of the Mexican Government nor its people. The Government outlines, once again, the measures they have taken, throughout history, to ensure gender equality and compliance with international treaties and law. The report also criticises the report given to them by CEDAW. It maintains that more information was needed to conclude the recommendations they made and more reasoning was required.⁶⁸

The report by Mexico is very much a defensive one. It opens with the long history of women’s rights in Mexico, how suffragettes won out earlier in Mexico than in many other countries and how compliant Mexico is in its legislation and implementation of international law. The local authorities in Ciudad Juarez are used as a scapegoat throughout the report for the serious systematic abuses of the rights of women living in their city. With fifty women being murdered in one year it seems hard

⁶⁵ CEDAW Report (2005) 76.

⁶⁶ CEDAW Report (2005) 82.

⁶⁷ CEDAW Report (2005) 87.

⁶⁸ CEDAW Report (2005) 91–93.

to believe that “local incompetence” can truly be to blame, rather than a deep-seated problem in the justice system of Mexico and the blatant disregard for gender equality and women’s rights.

The report repeatedly blames local authorities and maintains the work that the Mexican Government does is very conscious of gender equality. The steps taken by the Mexican government in response to the report is promising. The establishment of many programmes and bodies to undertake the responsibility of aiding local enforcement and providing assistance for victims and relatives is promising and for the better of the women in Ciudad Juarez. Though the report may seem like a list of excuses, positive steps have been taken and planned in response to CEDAW’s visit. This suggests that perhaps more weight is given to CEDAW’s authority under OP-CEDAW than a gesture of good will. No acknowledgement, however, was made of the deep-rooted problem of a breach of fundamental rights.

7. The Current Situation in Ciudad Juarez

With the promising statements made by the Government of Mexico in their report to CEDAW, and the recommendations made by CEDAW, everyone was hopeful following the 2003 UN intervention. In reality, however, things have far from improved as much as one might have hoped. Though there was a drop in homicide rates in Ciudad Juarez from 2003 to 2008, after the recession hit the border town there was a sharp rise in drug cartels and murders. During the recession period, it is estimated that three hundred homicides occurred every month with the government failing to respond to the violence, allowing authorities to accept bribes. It is unclear how many of those murdered during these years were women.⁶⁹

During his visit to Ciudad Juarez, Sam Quinones, a reporter for the National Geographic magazine labelled the city as far more peaceful after the peak in violence during the recession.⁷⁰ Indeed there was a drop in the murder rate in 2015, down from 434 in 2014, to 312. Of these 312 people

⁶⁹ The Economist, “Ciudad Juarez Trembles Again” (29 October 2016).

⁷⁰ Sam Quinones, “Once the World’s Most Dangerous City, Juarez Returns to Life” *National Geographic Magazine* (June 2016).

murdered however, 150 of them were women, one of the highest figures in history.⁷¹ Authorities downplay the abductions of women making it uncertain how many women have been abducted since 2008.⁷²

The violence in Ciudad Juarez is so high that the US Department of State recommends only necessary travel to the city and considers the risk of kidnapping as high. They advise against use of public transport and travelling alone.⁷³ This fear is echoed by the report by French News channel France 24 where they estimate 1,500 women have been murdered since 1993. They report that by February 2016, eight young women had been abducted.⁷⁴

The violence against women in Ciudad Juarez has far from fallen following the State visit. In November 2014 eight women were raped and murdered. The police arrested two bus drivers, with no evidence connecting them to the women, and tortured them until they confessed, reminiscent of the behaviour of authorities prior to CEDAW's visit in 2003. This incident is currently being investigated by human rights advocates in the Chihuahua state.⁷⁵ Despite training by the FBI, it seems that the local authorities in Ciudad Juarez are slipping back into their old ways, with no sign of the Chihuahua state government, or the Federal Government stepping in.

This repeated behaviour by local authorities was seen again in January 2016 where approximately six women were murdered in one day. It is estimated that only 24% of murders were investigated during the year of 2012–2013, and of those 24% only 1.6% resulted in sentencing.⁷⁶ In one incident, reported by Judith Matloff, Irinea Buendia's daughter was murdered by her husband, a police officer in 2010. Upon arriving at the scene her husband told his fellow officers that she committed suicide, despite

⁷¹ United States Department of State Bureau of Diplomatic Security, OSAC, Mexico 2016 Crime and Safety Report: Ciudad Juarez, <https://www.osac.gov/Pages/ContentReportDetails.aspx?cid=19527>.

⁷² Duncan Tucker, "Young Women Are Getting Abducted Off the Streets of Mexico's Second Largest City" *Vice News* (28 March 2016).

⁷³ <https://travel.state.gov/content/passports/en/alertswarnings/mexico-travel-warning.html>.

⁷⁴ France 24, "Mexico: Ciudad Juarez, the city of missing women" (2 February 2016).

⁷⁵ ABC News, "Who is Killing the Women of Juarez?" (30 January 2015).

⁷⁶ Judith Matloff, "Six Women murdered each day as femicide in Mexico nears a pandemic" *Aljazeera America* (4 January 2015).

the fact that her body was covered in bruises and her supposed hanging left no marks and there was no area for her to hang herself. Nonetheless, the officers believed him and shut the case. Human rights lawyers in the city took on her case but she is not hopeful for justice, as her husband was promoted to police commander later that year.⁷⁷ This corruption in local authorities continues to persist, despite promises by the Mexican government to combat police corruption with criminal sanctions.

In 2014 approximately 59 women were murdered in Ciudad Juarez, an increased figure since CEDAW's visit. By May 2016, approximately 39 women were murdered.⁷⁸ This increase in number of femicides has prompted the women of Ciudad Juarez to stand together. In April 2016, they organised a march with the slogan "Queremos Vivas" (we want to live).⁷⁹ It seems apparent that the Federal Government has not fulfilled all of their promises made in their report to CEDAW. It is also clear that CEDAW's recommendations fell on deaf ears. With such a response, of blatant disregard, towards the work of CEDAW is there any chance for the advancement of gender equality? The apparent disregard by the Mexican government towards the authority of CEDAW, which is not much, makes it clear that in this case, CEDAW's standing in international law is not as firm as desirable.

8. Conclusion

From all of the evidence and research gathered during the course of this paper it is apparent to me that the work of CEDAW under Article 8 OP-CEDAW is not taken as authoritatively as one might hope. The work done by the Committee in Ciudad Juarez was admirable but they only spent a total of eight days in the city. When the problem is as big as it is in Ciudad Juarez, and a serious systematic abuse of human rights, it seems inappropriate to devote simply a week in the area affected. The

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Alan Hernandez, "Emergency measures haven't slowed rising violence against women in Mexico State" *Vice News* (28 July 2016).

⁷⁹ María Murriel, "The State of Violence against Women in Mexico" *USA Today* (25 April 2016).

huge number of people involved at a local, state and federal level cannot be achieved in one week.

The function of the Committee is to combat violations of human rights. This is obviously a huge task that will take a long time to complete but given its authority it seems unlikely that they will accomplish it any time soon. The recommendations made by CEDAW were practical but in some cases idealistic, rather than realistic. Their quickness to blame local authorities, not state or federal authorities, highlights the weakness imposed by state sovereignty. The failure to hold the Federal Government accountable for the mass homicide of women seems odd and unhelpful. The problem is not one of local proportions with the huge number of deaths every year. It is one of society. The reluctance of the Mexican Government to intervene in the first place should not deter CEDAW from suggesting realistic recommendations and solutions. Instead, their recommendations were weak and timid.

Similarly, the response of the Mexican Government appears to be a list of excuses rather than solutions. They too are quick to blame the local area of Ciudad Juarez, but admit that there is a social belief of inferiority of women, which is more than what CEDAW said. Their plans to combat the situation were promising, if not a little too idealistic. The report did give the impression of appeasement and good words, rather than realistic goals and aim setting. The Government of Mexico was also quick to point out how much work Mexico has actually done for gender equality, as if this negates the gross negligence from the terror of homicides in Ciudad Juarez.

Viewing the situation in Ciudad Juarez today it is impossible to believe that the work of CEDAW was taken seriously. Not only has there not been a decrease in homicides of women, but an increase. The femicide rates are only growing with local authorities still unqualified, under-resourced and under-financed. The “culture of superiority” of men has not been combatted. Women are still being raped, abducted, murdered and trafficked in the city today, especially following the recession of 2008. Such statistics as mentioned above are disheartening and the lack of an enforcement mechanism shows how little regard the state of Mexico had for UNCEDAW.

There is a need for an enforcement mechanism if UNCEDAW is going to be seen as anything more than a goodwill gesture. The state of Ciudad Juarez today is worse than it was prior to CEDAW's visit. The failure of the Mexican Government to hold themselves and the State of Chihuahua, as well as the local authorities in Ciudad Juarez, shows how disinterested they are in combatting the serious violence and systematic abuses of human rights in Ciudad Juarez. With such blatant disregard for the authority of CEDAW, UNCEDAW and OP-CEDAW it can only be concluded that these international instruments are nothing more than a diplomatic show. Their authority is ignored and disregarded, with states claiming "state sovereignty" as a defence to not adhering to the human rights instruments.

The failure of this report does not negate the work CEDAW has accomplished as a whole. In many countries UNCEDAW has been effectively implemented and effective. In countries with historic human rights abuses against women, however, these effects have not been seen and respect for UNCEDAW is not as good as one might have hoped. It is in these cases that CEDAW's authority is most important, yet often blatantly ignored.

In order for UNCEDAW to be properly enforced and adhered to there needs to be an enforcement mechanism. Financial sanctions, trading restrictions and many other options are open under international relations to deal with the issues at hand but because of "state sovereignty" all contracting states resist an international governing body. Until such time as states are willing to recognise their importance to an appropriate degree, it seems unlikely that OP-CEDAW will be as effective as envisioned, or indeed any other human rights mechanism.

Summary

This article considers the functioning of the Optional Protocol to the UN's Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (OP-CEDAW) and the work of the Committee for the Elimination of Discrimination Against Women. In particular, this research focuses on the report into gender based violence occurring in

Ciudad Juarez, Mexico, written in 2005, as a result of OP-CEDAW. This paper considers the methods of investigation used by the Committee and their conduct throughout the investigation. The committee's observations are critically assessed, as well as international response to the report. The investigation procedures and response by the Mexican government is critically assessed in line with international law and cooperation. The conclusion of the report and its findings are considered and compared with the government response following the publication of the report in 2005. Its effect on Mexico, and on an international level, are assessed to gauge cooperation with, and the efficacy of, this UN institution. The overall aim of this research is to critique the functioning of OP-CEDAW and the Committee during the investigation process. The international perception of the Committee is also critically reviewed, in an attempt to ascertain the authoritative power of the Committee in international law. After reviewing all aspects of the investigation, and both the national and international response to the report, this paper forms a conclusion of the efficiency and purpose of the Optional Protocol, the UN institution and their place in international law.

Keywords: Women's rights, human rights, discrimination, sexism, gender equality

KRYTYKA EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA**1. Dlaczego krytyka?**

Rozważania niniejsze rozpocząć należy od poczynienia kilku wstępnych deklaracji. Po pierwsze, skoro tytułem wystąpienia uczyniono krytykę ekonomicznej analizy prawa (dalej: EAP lub *law & economics*), uczciwość względem Czytelnika wymaga od autora określenia własnego stanowiska, które w sposób otwarty, klarowny i niepozostawiający miejsca na domysły, ukáže motywacje towarzyszące powstawaniu tekstu. Krytyka danego stanowiska intelektualnego może być bowiem prowadzona z różnych pozycji: nieraz podejmuje się jej nieprzejednany przeciwnik, który – posługując się ostrą retoryką, szerokim wachlarzem najróżniejszych argumentów (spośród których część wyklucza się wzajemnie), a nawet „ciosami poniżej pasa” (stosowanymi również na gruncie debaty naukowej; polega to wówczas na przypisywaniu adwersarzom poglądów niewypowiedzianych, rekonstruowanie ich stanowiska w „krzywym zwierciadle”, nieuzasadnionym wyolbrzymianiu słabości teorii przy jednoczesnym lekceważeniu atutów albo uporczywym ignorowaniu kontrargumentów) – zmierza do totalnej dyskredytacji wrogiej mu teorii, bez zachowania jakiegokolwiek umiaru, a nawet szacunku dla zwolenników krytykowanego stanowiska. Nieraz jest to krytyka bardziej zobiektywizowana i zniuansowana (a zarazem bardziej przyzwoita): polemista taki zadaje sobie trud zrozumienia argumentów dyskutantów, zachowuje pożądany dystans bez nadmiernego zaangażowania emocjonalnego, dokonuje starannej selekcji wątków wątpliwych od tez wiarygodnych, których wartość doceni... Zdarza się także krytyka, której autor (faktycznie tylko „rzekomy oponent”) umyślnie podejmuje się próby podważenia bliskich mu poglądów po to tylko, by następnie

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: k.kozminski@wpia.uw.edu.pl.

heroicznie taką krytykę zwalczyć, przy okazji ukazując słabość i bezsensowność zarzutów oskarżycieli. Staje się wówczas fałszywym recenzentem – odgrywa taką rolę wyłącznie po to, by przy pomocy pozornej krytyki skompromitować lub wyszydzić poglądy przeciwne.

Jaki charakter ma poniższy tekst – oskarżycielski, umiarkowanie polemiczny, czy tylko pozornie krytyczny? O ile zapewnienia o bezemocjonalnym stosunku autora do tekstu (a tym bardziej zobowiązanie do jak najbardziej obiektywnego spojrzenia na komentowane zagadnienie) byłoby infantylne i brzmiało wręcz podejrzenie, niniejsza wypowiedź stanowić ma (tylko albo aż) próbę wskazania tych aspektów EAP, które – w oczach jej krytyków – dyskwalifikują ją jako przydatną metodę badawczą w refleksji nad prawem. A zarzutów takich, mimo wciąż wzrastającej w Polsce popularności ekonomicznej analizy prawa¹, formułuje się wiele i mają one różnoraki charakter². Do Czytelnika należy ocena na ile rzetelnie i przekonująco pomysł ten zostanie zrealizowany.

W bogatej literaturze podkreśla się dwoistość *law & economics* – z jednej strony jest to próba opisu prawa (jego roli społecznej, funkcji oraz celów – tzw. deskryptywna wersja EAP³), z drugiej strony, jej zwolen-

¹ Na rzecz tezy tej wydaje się świadczyć nie tylko zwiększająca się wciąż ilość publikacji z zakresu EAP, ale także fakt, iż przedmiot pod nazwą ekonomiczna analiza prawa jest coraz częściej przedmiotem uniwersyteckich zajęć dydaktycznych dla studentów studiów licencjackich i magisterskich (nie tylko prawniczych i ekonomicznych) oraz słuchaczy studiów podyplomowych. Ł. Hnatkowski, *O potrzebie nauczania ekonomicznej analizy prawa* [w:] *Ekonomiczna analiza prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2015, s. 261–264.

² Wypowiedź niniejsza nie aspiruje oczywiście do wyczerpującego omówienia krytyki EAP. Nie miejsce tu na klasyfikowanie zarzutów, systematyzowanie kierunków krytyki oraz porządkowanie stanowisk intelektualnych, z których ataki te są wyprowadzane, ponieważ złożoność owych zagadnień przekracza ramy artykułu. Z tych samych względów nie jest możliwe również rozstrzygnięcie zasadności owych zarzutów. Co więcej, podjęcie takiej próby mogłoby sugerować, że autor rości sobie prawo do roli arbitra w sporze EAP, a nie jest to jego intencja.

Nie jest też jego ambicją rozstrzygnięcie szeregu kwestii spornych, co do których nie osiągnięto konsensusu w dotychczasowej literaturze (np. wątpliwości wokół naukowego statusu EAP – o tym, czy jest to „nurt”, „doktryna”, „koncepcja”, czy też zupełnie nowa „teoria prawa” dyskutowano już wielokrotnie, bez finalnych rozstrzygnięć, wśród komentatorów brak zgody co do jej statusu naukowego, a także etapów rozwoju owego kierunku oraz ilości „fal” EAP, których przyływ owocował kolejnymi odkryciami i postulatami).

³ Podział na deskryptywną (opisową) oraz normatywną ekonomiczną analizę prawa przyjął się w literaturze – tak np. A. Nowak-Gruca tłumaczy: „Podobnie jak inne współczesne filozofie prawa ekonomiczna analiza oferuje ogólną teorię na temat natury prawa, jak i narzędzia oraz metody

nicy formułują konkretne wnioski przydatne na gruncie praktyki prawa (postulaty, które winny być uwzględnione na etapie stanowienia oraz stosowania prawa – normatywna wersja EAP⁴). W konsekwencji, krytyka wychodzić może z dwóch kierunków: pierwszy zespół zarzutów ma charakter filozoficznoprawny, przy ich pomocy kwestionuje się *law & economics* jako stanowisko filozoficznoprawne. Przedmiotem natarcia jest tu mylny obraz prawa, który przyjmować mają ekonomiści oraz prawnicy zachłyśnięci możliwościami oferowanymi przez perspektywę ekonomiczną. Krytyka taka bazuje na sprzeciwie wobec jednostronności ujęcia prezentowanego przez przedstawicieli EAP, tj. redukcjonizmie, który sprowadza fenomen prawa do neutralnego aksjologicznie instrumentu, lekceważy kulturowy i historyczny aspekt prawa, a także opiera się na szeregu innych fałszywych założeń filozoficznych świadomie lub nieświadomie przyjmowanych przez jego zwolenników: człowiek jako *homo oeconomicus*, racjonalność uczestników obrotu prawnego, deprecjacja znaczenia wartości odwiecznie przyjmowanych za podstawę jurysprudenencji (takich jak sprawiedliwość, słuszność, godność itp.), których miejsce zajmuje specyficznie rozumiana efektywność. Drugi zestaw pretensji kierowany jest wobec normatywnej EAP – ma zatem wymiar znacznie bardziej pragmatyczny, ogranicza się do wykazywania słabości EAP jako ekonomicznie zorientowanej polityki prawa. Wiele spośród nich autor podziela, dostrzegając jednocześnie oryginalność spojrzenia oraz bezkompromisowość głoszonych przez reprezentantów *law & economics* poglądów.

umożliwiający wyjaśnienie i ulepszenie rozwiązań prawnych. Jako teoria deskryptywna, metoda ta odpowiada na pytanie, jak prawo funkcjonuje w rzeczywistości. Jako stanowisko normatywne oferuje ekonomiczne narzędzia dla stworzenia jak najbardziej słusznych i sprawiedliwych rozwiązań prawnych”. A. Nowak-Gruca, *Cywilnoprawna obrona autorskich praw majątkowych w świetle ekonomicznej analizy prawa*, Lex 2013.

⁴ Normatywna ekonomiczna analiza prawa ma bardziej praktyczny charakter w tym sensie, że skupia się na dostarczaniu postulatów w procesie stanowienia oraz stosowania prawa, których uwzględnienie przyczyni się do podniesienia efektywności ekonomicznej regulacji. „Normatywna ekonomiczna analiza prawa, poza badaniem za pomocą metod ekonomicznych wpływu na system prawny konkretnych rozwiązań prawnych przed ich wprowadzeniem – *ex ante* oraz po ich ukonstytuowaniu – *ex post*, konstruuje nadto postulaty i sugestie dla ustawodawcy celem wprowadzenia efektywnych pod względem ekonomicznym zmian w prawie”. M. Maraszek, *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Warszawa 2012, s. 141.

Niezależnie od atutów i mankamentów samej EAP, temat artykułu stanowi zarazem doskonałą okazję zaprezentowania intelektualnego zakorzenienia EAP – wykazania, że prowadzona przez zwolenników nurtu *law & economics* refleksja (niezależnie od tego, czy jej zwolennicy są tego faktu świadomi) jest silnie zdeterminowana przez ważne dla amerykańskiej jurysprudencji XX w. idee technokratyczne, progresywistyczne, a także wyrosła w oparciu o (jak inne koncepcje wpisujące się w szeroko rozumiany realizm prawniczy) niechęć do dominujących dotychczas kierunków w prawoznawstwie (szkół prawa naturalnego, pozytywizmu prawniczego). W rezultacie, ze względu na swoją anglosaską proveniencję, wywołuje umiarkowany entuzjazm wśród kontynentalnych praktyków i teoretyków prawa. Co więcej, o ile z generalnym postulatem efektywności ekonomicznej prawa trudno się nie zgodzić – w trakcie lektury prac Coase’a, Posnera, czy Beckera (z racji trudności enumeratywnego wymienienia przedstawicieli EAP, wymieniono tu tylko nazwiska trzech wybitnych noblistów kojarzonych z *law & economics*)⁵ okazuje się, że EAP stanowi wygodne (i tylko pozornie neutralne) narzędzie promocji neoliberalnych lub libertariańskich poglądów społeczno-politycznych, a jej największy atut, tj. eksponowanie ekonomicznego aspektu prawa, stanowi zarazem jej największą słabość, prowadząc w efekcie do nieuchronnego „spłaszczenia” refleksji nad prawem. Choć temat krytyki EAP był już w polskiej literaturze podejmowany⁶, niektóre z wątków zaprezentowanych poniżej (np. związki *law & economics* z realizmem prawniczym) nie były do tej pory rozwijane.

⁵ Zasygnalizowano już, że EAP nie tworzy jednej zwartej szkoły, czy jednolitego ruchu intelektualnego, w skład której wchodzi zamknięta grupa przedstawicieli. Trudno wymienić nawet nazwiska autorów, których twórczość byłaby dla EAP reprezentatywna – tzn. takich, których poglądy w sposób niebudzący wątpliwości zaliczyć można do EAP. Z konieczności tworzenia takiego katalogu *frontmanów* EAP zwalnia autora choćby fakt, iż w dotychczasowej literaturze (w tym również publikacjach promujących *law & economics*) zbioru takiego nie stworzono, podkreślając najczęściej, że „za współtwórców *Law & Economics* przyjęło się uznawać wspomnianego Coase’a, Gary’ego Beckera (ur. 1930), Richarda A. Posnera (ur. 1939), Guido Calabresiego (ur. 1932) oraz Henry’ego Manne’a (ur. 1928)...”. K. Metelska-Szaniawska, J. Beldowski, *Ekonomiczna analiza prawa (Law & Economics) – wprowadzenie* [w:] R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. XX.

⁶ R. Tokarczyk, *Jednostronność ekonomicznej analizy prawa*, RPEiS 2007, z. 4, s. 175–184.

2. Intelktualne korzenie - uwikłanie EAP

Truizmem jest przypominanie, że EAP wyrosła na gruncie XX-wiecznej, anglosaskiej krytyki „tradycyjnej” jurysprudencji (rozumianej tu przede wszystkim jako pozytywizm prawniczy oraz iusnaturalizm), silnych inspiracji dostarczył także brytyjski utylitaryzm w wydaniu Jeremy’ego Benthama i Johna Stuarta Milla oraz klasyczna szkoła ekonomii (Adam Smith i David Ricardo)⁷. Ekonomiczna analiza prawa wpisuje się w szeroko rozumiany „bunt” ostatniego stulecia przeciwko dominacji pozytywistycznej teorii prawa, do którego zaliczyć należy m.in. realizm amerykański i skandynawski, szkoły psychologiczne, socjologiczną jurysprudencję, decyzyzizm, koncepcje hermeneutyczne, retoryczno-topiczne ujęcia prawa, integralną teorię prawa Ronalda Dworkina, nurt *law and literature*, a nawet teorie marksistowskie i postmodernistyczne. Z drugiej strony, impulsu do ekspansji EAP dostarczały również sukcesy – zyskującego równolegle coraz większą popularność w amerykańskiej jurysprudencji – wrogiego intelektualnie obozu: *Critical Legal Studies*; w świetle dostępnej literatury nie jest żadną nowością teza, że *law & economics* rozwijała się niejako „w kontrze” do mocno lewicującego nurtu krytycznych badań nad prawem⁸. Jak widać (a wymienione zostały tylko najważniejsze, z pominięciem bardziej odległych prekursorów⁹), twórcy EAP czerpali natchnienie z różnorodnych nurtów, prac myślicieli wielu epok i odmiennych kultur.

⁷ Por. K. Metelska-Szaniawska, *Konstytucyjne czynniki reform gospodarczych w krajach postsojalistycznych. Studium empiryczne*, Warszawa 2008; W. Karsz, *O twierdzeniu Coase’a i związanej z nim problematyce*, St. Pr.-Ek. 1988, t. 39, s. 111–130; W. Karsz, *Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie amerykańskim*, St. Pr.-Ek. 1982, t. 28, s. 49–81.

⁸ J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 584. Por. D. Kennedy, *Law and economics from the perspective of critical legal studies* [w:] *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law in three volumes*, red. P. Newman, 1998, s. 465–474; W. Eastman, *Critical Legal Studies* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, red. E. Elgar, Cheltenham 2000, s. 754–789.

⁹ Skojarzenia mogą być najróżniejsze. Wskazuje się tu jeszcze (i robią to także sami przedstawiciele EAP) Platona i Arystotelesa, i rzymskich jurystów, i Machiavellego, i Thomasa Hobbesa, i autorów zaliczanych do niemieckiej szkoły historycznej w prawoznawstwie, i Davida Hume’a, i Rudolpha von Iheringa... Lista jest długa, choć trzeba zauważyć, że przypisanie myśliciela do katalogu „prekursorów EAP” odbywa się często bez uzasadnienia, co prowadzi do wniosku, że odbywa się to raczej na zasadzie przypadkowego skojarzenia niż głębszej refleksji.

Jedne dostarczały inspiracji konstruktywnych, inne wywoływały odruch negacji. Zidentyfikowanie intelektualnych źródeł EAP jest o tyle istotne, iż sformułowana względem nich krytyka jest przez *law & economics* „dziedziczona”, słabości protoplastów „obciążają” późniejsze szkoły i nurty wewnątrz EAP, a w konsekwencji determinować będzie także stanowisko jej adwersarzy. Tytułem przykładu, skoro EAP czerpie pełnymi garściami z utylitaryzmu¹⁰ – skutkiem tego przejmując również jego wady. Trafnie wskazuje B. Polanowska-Sygulska, że „atuty utylitaryzmu zdają się także odnosić do ekonomicznej analizy prawa, ze szczególnym uwzględnieniem przyjętej przez przedstawicieli tego nurtu wspólnej miary maksymalizacji bogactwa. Zastrzeżenia może rodzić jedynie przystawalność do *Law & Economics* drugiego atrybutu utylitaryzmu, to jest kryterium szczęścia. Pozostałe wyróżniki tego poglądu – zidentyfikowane przez B. Williamsa jako jego mocne strony – bez żadnych wątpliwości mają zastosowanie do ekonomicznej analizy prawa. Tym samym wydaje się, że odnosi się do niej także przeważająca część argumentów krytycznych, skierowanych przeciwko utylitaryzmowi”¹¹.

3. Law & Economics i neutralność moralna

Owo intelektualne „zakorzenienie” nie stoi na przeszkodzie, by promotorzy EAP – dystansując się od dotychczasowych sporów moralnych i filozoficznych – próbowali ukazywać swoje koncepcje jako nie tylko nowatorskie, ale przede wszystkim neutralne, wolne od moralnego wartościowania, a przez to pragmatyczne¹². Dzieje się tak, ponieważ „ekonomia jest neutralna w sensie wartościowania, a przynajmniej aspiruje do takiej

¹⁰ Na dowód tego pokrewieństwa przytacza się cytaty z Benthama (najczęściej dotyczący zysku z przestępstwa i dolegliwości kary – jako dwóch impulsów, które popychają człowieka do popełnienia czynu zabronionego albo powstrzymują go przed nim) i Johna Stuarta Milla (na temat ekonomii politycznej, która opiera się na wizji człowieka jako istoty, która niezmiennie działa tak, by otrzymywać najwyższą ilość rzeczy niezbędnie potrzebnych, udogodnień oraz luksusów, przy możliwie najmniejszej ilości pracy). Tak np.: J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 184–185; J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 585.

¹¹ B. Polanowska-Sygulska, *Użyteczność a maksymalizacja bogactwa: Filozoficzne zakorzenienie poglądów Chicagowskiej szkoły law & economics*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011, nr 1, s. 6.

¹² R. Posner, *Law and Economics is Moral*, „Valparaiso University Law Review” 1990, nr 24, s. 170. Więcej na ten temat: F. Parisi, J. Klick, *Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles*

neutralności”¹³. Trudno odmówić pewności siebie autorom, którzy – promując słuszność głoszonych przez siebie tez, do których doprowadzić miało zastosowanie rzekomo niezawodnych metod analizy ekonomicznej – dezawuuują wszystkie odmienne perspektywy jako „metafizyczne”¹⁴, a w rezultacie „dwuznaczne” albo motywowane tylko „teologicznie” lub emocjonalnie.

To pierwsza cecha, na którą zwracają uwagę krytycy: EAP rości sobie prawo do miana neutralnej, niezaangażowanej, eksperckiej, czy też naukowej, dyskredytując konkurencyjne ujęcia prawa jako subiektywne, moralnie zaangażowane albo religijnie inspirowane. Ekonomiczna analiza prawa realizować ma weberowski postulat nauki wolnej od wartościowania¹⁵. Zdolność takiej agitacji do perfekcji opanował Richard Posner, który wielokrotnie deklarował przywiązanie do „codziennego pragmatyzmu” zamiast „abstrakcyjnych” rozważań moralnych¹⁶. Przykładowo: w artykule „*Law and Economics is Moral*” protestuje przeciw „dyskursowi moralnemu” (*moral discourse*), przez który rozumie rozważanie konkretnych rozwiązań społeczno-politycznych przy wykorzystaniu argumentów moralnych. Píše: „nie jestem entuzjastą dyskursu moralnego. Moje libertariańskie poglądy ekonomiczne nie są pochodną jakiegokolwiek moralnej filozofii – jak np. Kanta, Locke’a, filozofii praw naturalnych, utilitaryzmu lub jakiegokolwiek innej tego rodzaju. Dostrzegam słabość filozofii moralnej jako pola niezgody, dziedziny, w której niemożliwy jest konsensus społeczny. Nie dostarcza ona żadnych konkretnych wskazówek, które byłyby przydatne do rządzenia”¹⁷. Skojarzenia z pragmatyzmem filozoficznym Charlesa Peirce’a, Williama

of *Lawmaking*, „Faculty Scholarship”, Paper 1131/2004, s. 431–450; R. Posner, *Pragmatic Adjudication*, „Cardozo Law Review” 1996, nr 1, s. 1–20.

¹³ R. Posner, *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*, „Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper” 1998, nr 53, s. 10.

¹⁴ R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge 1999, s. 12 i n.; K. Lee, *The Foundations of Catholic Legal Theory: A Primer* [w:] *Recovering Self-Evident Truths: Catholic Perspectives on American Law*, red. M. Scaperlanda, T. Collett, Waszyngton 2007, s. 19; P. Lake, *Posner’s Pragmatist Jurisprudence*, „Nebraska Law Review” 1994, nr 73, s. 546–645.

¹⁵ S. Chrupczalski, *Ekonomiczna analiza prawa własności w ujęciu szkoły austriackiej*, Kraków 2008.

¹⁶ I. Somin, *Review of Richard A. Posner’s Law, Pragmatism, and Democracy*, „George Mason Law & Economics Research Paper” 2003, nr 04–09, s. 1–22.

¹⁷ R. Posner, *Law and Economics is Moral*, „Valparaiso University Law Review” 1990, nr 24, s. 166.

Jamesa i Johna Deweya nie są przypadkowe – tak jak przedstawiciele filozoficznego pragmatyzmu postrzegali rozważania filozoficzne jako co najwyżej „narzędzie pomocne w borykaniu się z codziennymi sprawami”, tak Posner postrzega rolę prawa jako zaledwie „instrumentu do rozstrzygnięcia spraw na podstawie kryterium ludzkiego zadowolenia oraz zysku”, niezależnie od moralnych, politycznych, czy estetycznych przekonań¹⁸. Poza pragmatyzmem, dostrzegany jest również wpływ Benthama, w którego pracach kielkuje idea, zgodnie z którą rozstrzygnięcie problemów moralnych (które tradycyjnie postrzegano jako zadanie filozofii) oraz społecznych (co stanowiło odwieczną domenę prawa) może być osiągnięte przy wykorzystaniu swoście pojętego rachunku ekonomicznego¹⁹.

Postawa taka nie jest jednak żadną nowością. W przeszłości wiele już szkół i nurtów aspirowało do miana „neutralnych”, „niezaangażowanych”, czy wręcz – poprzez posługiwanie się epitetem „naukowy” – stroiło się w szaty pewnych i wiarygodnych w świetle niezmiennych kryteriów i zmieniających się trendów intelektualnych. Historia idei, w tym i również historia filozofii prawa zna liczne przykłady myślicieli, którzy prezentowali swe koncepcje jako budowane w opozycji do innych, rzekomo nie-naukowych, bo inspirowanych teologicznie, metafizycznie, ideologicznie itp. Wystarczy sięgnąć do prac przedstawicieli pozytywizmu filozoficznego²⁰ czy socjali-

¹⁸ D. Solove, M. Sullivan, *Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism*, „Yale Law Journal” 2003, nr 687, s. 688 i n.

¹⁹ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia...*, s. 184–185.

²⁰ „Prawdziwa filozofia polega przede wszystkim na tym, aby wiedzieć dla przewidywania, aby badać to, co jest, dla wysnucia wniosków o tym, co będzie, na mocy powszechnego dogmatu o niezmienności praw przyrody”, podkreślał Comte. A. Comte, *Rozprawa o duchu filozofii pozytywnej*, tłum. B. Skarga, W. Wojciechowska, Warszawa 1973, s. 20. Tak rozumiana nauka miała być czymś więcej niż anachroniczna, bo „metafizycznie” inspirowana pseudonauka z przeszłości: „Nasze każde bez wyjątku główne pojęcie, każda gałąź wiedzy przechodzą kolejno przez trzy różne fazy teoretyczne: fazę teologiczną, czyli fikcyjną, fazę metafizyczną, czyli abstrakcyjną, i fazę naukową, czyli pozytywną. Każda z owych trzech faz wyraża się w odrębnym sposobie filozofowania. Owe trzy ogólne systemy pojęć dotyczących zjawisk, jako pewna całość wykazują dwie uderzające cechy – wykluczają się wzajemnie i jednocześnie następują po sobie w nieuchronnym porządku: pierwszy, teologia, jest koniecznym punktem wyjścia umysłu ludzkiego, trzeci stanowi fazę trwałą i ostateczną, drugi, faza metafizyczna, jest jedynie przejściowy. Metafizyka jest utajoną teologią, a jednak rozum ludzki musi nieuchronnie przejść od teologii do nauki poprzez metafizykę”. A. Comte, *Metoda pozytywna w szesnastu wykładach*, cyt. za: E. Gilson, T. Langan, A. Maurer, *Historia filozofii współczesnej*, tłum. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1979, s. 248–249.

zmu aspirującego do miana naukowego²¹. Jednak (niezależnie od tego, czy przekonanie o neutralności moralnej jest uzasadnione, czy nie) zapewnienia o indyferencji moralnej EAP muszą wywoływać zaniepokojenie i szereg dalszych trudnych pytań. Choć przedstawiciele EAP szczycą się zobojetnieniem na argumenty moralne i odcinają się od „abstrakcyjnych” sporów filozoficznych *à la* Tomasz z Akwinu, Kant, czy Rawls – nie wszystkich to przekonuje. Taka otwarta deklaracja dystansu względem argumentów moralnych musi w sposób nieunikniony prowadzić do pytań o miejsce wartości takich jak sprawiedliwość, słuszność, dobro w refleksji nad prawem.

Odpowiedź ze strony *law & economics* jest zaskakująco prosta: sprawiedliwość utożsamiana jest z efektywnością ekonomiczną. Ujawnia się w ten sposób podstawowy paradygmat EAP: efektywność ekonomiczna prowadzi w konsekwencji do oryginalnej koncepcji sprawiedliwości, pojmowanej jako wzajemna korzyść uczestników obrotu²². Dla przedstawicieli tego nurtu, prawo jest zredukowane do roli narzędzia alokacji i dystrybucji dóbr ekonomicznych w społeczeństwie²³. Postulat efektywności ekonomicznej prawa jest tu oczywiście rozumiany szeroko: prawo efektywne nie powinno prowadzić do marnotrawstwa i zatarcia wartości ekonomicznej²⁴. Posługując się metodami znanymi z analizy ekonomicznej (teoria gier, teoria targu), teoretycy EAP kreślą własne ujęcie sprawiedliwości,

²¹ Dla marksistów inne koncepcje filozoficzne zasługują na epitet „metafizyczny” lub „oderwanej od rzeczywistości metafizyki”. Są elementem „ideologii”, „falszywej świadomości” – pozornych wyobrażeń generowanych przez faktyczny ucisk klasowy. Źródłem tego przekonania jest analiza, zaprezentowana przez Marksa i Engelsa w „*Ideologii niemieckiej*”. Leszek Kołakowski tłumaczy: „Marks i Engels używają słowa «ideologia» w sensie własnym, który się upowszechnił następnie (...) Ideologia w tym znaczeniu jest to mianowicie świadomość fałszywa, czyli proces myślowy w taki sposób zmiestyfikowany w świadomości, iż człowiek nie zna sił, które rzeczywiście kierują jego myśleniem (...) Ideologia tedy to całość idei (w sensie: poglądów, opinii, hasel, nade wszystko odnoszących się do życia społecznego, a więc opinii filozoficznych, religijnych, ekonomicznych, historycznych, prawnych, a także utopii, programów politycznych i gospodarczych), które żyją życiem pozornie niezależnym w umysłach swoich wyznawców, rządzone własnymi prawami, pozbawione samowiedzy swoich źródeł w społecznych warunkach i swojej funkcji w utrzymywaniu lub odmienianiu tychże warunków”. L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu*, Warszawa 2009, s. 149–150.

²² W. Zaluski, *The Limits of Naturalism: A Game-Theoretic Critique of Justice as Mutual Advantage*, Kraków 2006, s. 122 i n.

²³ M. Glicz, *Efektywność prawa w koncepcji Law and Economics*, GSP 2008, t. XX, s. 133.

²⁴ R. Stroński, *O kosztach transakcyjnych i potrzebie analizy ekonomicznej w prawie handlowym*, PPH 2004, nr 6, s. 37.

w którym jest ona rozumiana jako wzajemna korzyść, tj. jako zbiór reguł nakładających na podmioty tylko takie obowiązki, których wypełnienie leży w racjonalnym interesie tych podmiotów – ideę sprawiedliwości jako wzajemnej korzyści (*justice as mutual advantage*)²⁵.

Zredukowanie sprawiedliwości do efektywności ekonomicznej pociąga za sobą niekonwencjonalne wyobrażenie funkcji społecznej, jaką spełniać ma prawo: „funkcją prawa jest ułatwienie działania mechanizmów wolnego rynku. Natomiast w tych przypadkach, w których następuje zakłócenie działania mechanizmów rynkowych, rolą prawa jest „naśladowanie wolnego rynku”, tzn. zapewnienie osiągnięcia rezultatu, który zostałby osiągnięty, gdyby zakłócenia takie nie istniały²⁶. Oznacza to, że szereg realnych problemów społecznych mógłby zostać rozwiązany w drodze uwolnionej gry sił rynkowych. Zamiast prowadzić skomplikowane, abstrakcyjne i niekonkluzywne filozoficzne dywagacje na temat wartości prawnych (np. ochrona wartości ludzkiego życia *vs.* wolność dysponowania ciałem i prawa reprodukcyjne, wątpliwości bioetyczne) – proponowane jest rozwiązanie najprostsze: deregulacja. Oznacza to w praktyce, że projektowane i obowiązujące regulacje prawne powinny ułatwiać rozwiązywanie, w drodze kontraktualnej (umownej), różnorodnych problemów społecznych. Działa tu dość prosta zasada: diagnoza problemu – ustalenie potencjalnych kontrahentów (osoby lub grupy społeczne zainteresowane rozstrzygnięciem) – swoboda umów. W konsekwencji ekonomiczna analiza prawa (zwłaszcza w wydaniu najbardziej radykalnych wyznawców) postrzegana bywa jako prawnicza odmiana neoliberalnej ekonomii politycznej Friedricha Augusta von Hayeka i Milтона Friedmana, nie dziwi również jej bliskość z libertarianizmem Roberta Nozicka²⁷.

Istnieje zagrożenie, że tak rozumiana efektywność może niejednokrotnie wchodzić w konflikt z wartościami nieużytecznymi, podstawowymi wolnościami, uprawnieniami, zasadami oraz podstawowymi intuicjami etycznymi²⁸. Sytuacja ta może ujawnić się ze szczególną ostrością na gruncie regulacji

²⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 20.

²⁶ R. Stroiński, *O kosztach...*, s. 37.

²⁷ W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 37 i n.

²⁸ M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Lex 2010.

uznawanych za należące do systemu prawa publicznego. O ile zasadnicze założenia *law & economics* (wolność umów, prawo własności) znajdują szerokie odzwierciedlenie na gruncie prawa cywilnego i handlowego, poważne zastrzeżenia budzą postulaty w sferze prawa karnego czy administracyjnego. Dostrzegają to komentatorzy: „łatwo uznać, że zasadami prawa prywatnego powinna rządzić, przynajmniej w pierwszym rzędzie, efektywność. Nie da się tego natomiast powiedzieć o stosunkach prawnokarnych”²⁹. A ambicje zwolenników EAP nie kończą się na prawie represyjnym – rozciągają się na cały system prawa, łącznie z prawem konstytucyjnym. Ekonomiczna analiza prawa przeplata się wówczas z ekonomicznymi analizami procesów decyzyjnych, mając za przedmiot rozważania wokół prawa wyborczego i systemu partyjnego prowadzone w duchu analizy ekonomicznej, w których poparcie elektoratu wyrażane w wyborach interpretowane jest jako realizacja zasady użyteczności (zakreślenie kandydata X na karcie do głosowania wyborcy Y stanowi proste następstwo „kalkulacji użyteczności” przeprowadzonej w umyśle Y)³⁰. Postrzeganie konstytucji jako kontraktu społeczno-politycznego, który określa reguły kierujące funkcjonowaniem władzy oraz prawa i obowiązki obywateli wobec państwa i siebie wzajemnie, powstający w celu redukcji niepewności co do przyszłego zachowania jednostek i państwa, „a dzięki temu obniżający koszty transakcyjne związane z osiągnięciem stanu optymalnego w sensie Pareto w różnych interakcjach społecznych o charakterze strategicznym, w których uczestniczą jednostki”³¹ – trudno pogodzić z kontynentalnym wyobrażeniem prawa publicznego, dla którego pojęciami typowymi są „władztwo”, „organ władzy publicznej”, „kompetencja”, „stosunek publicznoprawny” czy „przymus”.

Co więcej, o ile swoboda kontraktowania „typowych” zachowań nie wywołuje emocji (przeniesienie prawa własności do rzeczy, wykonanie dzieła, roboty budowlane, świadczenia związane z odpowiedzialnością odszkodowawczą), poważniejsze wątpliwości budzi pozostawienie

²⁹ B. Brożek, *Ekonomiczna analiza prawa karnego* [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawnych*, red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007, s. 81.

³⁰ Przykładowo: A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957; A. Downs, *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, „Journal of Political Economy” 1957, nr 2, s. 135–150; R. Holcombe, R. Sobel, *Publicness of State Legislative Activities*, „Public Choice” 1995, nr 83, s. 47–58.

³¹ P. Buława, K. Szmit, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2012, s. 57.

stronom kontraktu możliwości umówienia się na znoszenie zachowań uznawanych za patologiczne czy perwersyjne. Na jakiej bowiem podstawie odmówić prawa zawarcia kontraktu milionerowi-sadyście „kupującemu” zgodę osoby ubogiej na torturowanie jej albo majątnemu dewiantowi seksualnemu poszukującemu wrażeń wśród gotowych na wszystko (w zamian za wysokie wynagrodzenie) mniej majątnych ofiar?³² Czy istnieje jakakolwiek przeszkoda natury etycznej, by odmówić chorującym bogaczom na zakup organów od zdrowych dawców na rynku ludzkich narządów (analizy ekonomiczne czołowych przedstawicieli EAP doprowadziły do wniosku, że cena zdrowej nerki odpowiadałaby cenie ok. 15 tys. dolarów, a wątroba mogłaby zostać nabyta za 35 tys.)?³³ Przyjmując tezę o postulacie ekonomicznej racjonalności prawa, rozumianym jako konieczność maksymalizowania bogactwa przez regulacje prawne, powstaje pytanie o stosunek do regulacji, która dopuszczałaby pewne formy segregacji rasowej, etnicznej i religijnej. Wątpliwości te nie są zresztą obce samym przedstawicielom ekonomicznej analizy prawa (tak np. Richard Posner zastanawia się, czy – w sytuacji, w której obywatele gotowi byłiby zapłacić więcej za mieszkanie w miejscu, w którym nie mieliby za sąsiadów Żydów lub Murzynów – rozwiązanie takie byłoby usprawiedliwione ekonomicznie³⁴).

4. Racjonalność, kontraktualność stosunków społecznych i logika rynku

Nieprzypadkowo zatem zwolenników nurtu *law & economics* spotyka zarzut jednostronności i skrajności, a w konsekwencji nieprzydatności w refleksji prawniczej: „dla większości prawników założenie, że istota prawa daje się sprowadzić do kategorii faktów ekonomicznych, czy też inne twierdzenie, że głównym (a nawet jedynym) celem prawa jest ekonomiczna efektywność, są po prostu nie do przyjęcia. Akceptacja takich założeń może prowadzić do nieuprawnionego zawężenia pola

³² J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 43.

³³ G. Becker, *Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted?*, The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html>, 15.03.2016; G. Becker, J. Elias, *Cash for Kidneys: The Case for a Market for Organs*, „The Wall Street Journal” z 18 stycznia 2014 r.

³⁴ R. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge-Massachusetts-London 1981, s. 85.

interpretacji prawniczej i wyłączenia z niej chociażby pewnych aspektów normatywnych (związanych z obowiązywaniem normy prawnej) czy też niektórych aspektów aksjologicznych (związanych z problemem sprawiedliwości jako celu prawa)³⁵.

Otwiera się także przestrzeń konfliktu pomiędzy EAP (która „w swoich podstawach filozoficznych jest kierunkiem dość eklektycznym, łączącym światopogląd utylitarystyczny z pewnymi elementami aksjologii liberalnej i libertariańskiej”³⁶) z samym liberalizmem i promowaną przez liberalnych myślicieli ideą przyrodzonych oraz niezbywalnych praw jednostki. Może się bowiem zdarzyć, że „z ekonomicznego punktu widzenia prawa jednostki stanowią niekiedy barierę dla gospodarczej aktywności podmiotu, którą ekonomiści chętnie potraktowaliby jako towar negocjowalny, „odkupując” od jednostki zgodę na rezygnację z ich realizacji”³⁷. Richard Posner przyznaje zresztą wprost, że słabością koncepcji praw naturalnych człowieka jest to, że nie dostarczają żadnego „spójnego, przekonującego, sensownego i alternatywnego” konstruowania polityki publicznej³⁸.

Z drugiej strony, wrażenie aksjologicznego zubożenia potęgują utylitarystyczne korzenie *law & economics*, zwłaszcza założenie *homo oeconomicus*. „Koncepcja *homo oeconomicus*, jako całościowa wizja aktywności jednostki, ma wymiar etyczny ze względu na pierwszoplanową rolę, jaką odgrywa w niej motywacja jednostkowych działań (...) Jest to przy tym koncepcja skrajnie redukcjonistyczna, albowiem zasady moralne zostają w niej zastąpione logiką rynku, która legitymizuje wszelkie działania nienaruszające zasad wolnej konkurencji”³⁹. Nie może zatem dziwić sytuacja, że Gary Becker, rozważając kwestie winy, odpowiedzialności oraz kary na gruncie prawa represyjnego unika jak ognia terminów „sprawiedliwość” i „moralność”⁴⁰. Innym razem, podejmując refleksję na temat prawa

³⁵ J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] *Analiza...*, s. 16.

³⁶ J. Kaczor, *Law and economics a liberalny porządek prawny* [w:] *Analiza...*, s. 68.

³⁷ Tamże, s. 73.

³⁸ R. Posner, *Law and Economics is Moral*, „Valparaiso University Law Review” 1990, nr 24, s. 170.

³⁹ J. Kaczor, *Law...*, s. 71.

⁴⁰ G. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach* [w:] G. Becker, W. Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York 1974, s. 1–54; G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976.

rodzinnego, demistyfikuje relacje rodzinne jako oparte nie na obowiązku i odpowiedzialności, ale „działających na jednostkę bodźcach, które skłaniają ją do inwestycji w kreowanie bliższej relacji z drugim człowiekiem”⁴¹. Małżeństwo to tylko kontrakt, który zostaje zawarty w wyniku gry sił rynkowych na giełdzie małżeńskiej⁴². Na pytanie: „czy poligamia powinna być legalna?” – rozstrzygnięcia dostarczy analiza ekonomiczna⁴³. Rozwiązanie sporów o aborcję, zakres opieki rodzicielskiej i usprawnienie procedur adopcyjnych, którym poddawane są pary oczekujące na adopcję – zapewni rynek adopcji dzieci⁴⁴. Śledząc niektóre analizy Posnera i Beckera, trudno nie zgodzić się z poglądem, jakoby „akcentując z logiczną skrajnością fakt, że ludzkie działanie motywowane jest przez chęć zdobycia indywidualnych korzyści, Posner, Becker i inni im podobni ekonomiści szkoły chicagowskiej stają się kapłanami nowej zsekularyzowanej religii (...) według nich wszystkie wydarzenia są następstwem ekonomicznych sił wywołanych troską o interes własny”⁴⁵.

5. Prawo jako narzędzie - technokratyzm, antydemokratyzm i postęp społeczny jako maksymalizacja bogactwa

Na tym jednak zarzuty względem EAP się nie kończą. Pora na rozwinięcie tezy, zgodnie z którą nurt *law & economics* wpisuje się w szeroki nurt określany mianem funkcjonalizmu lub realizmu prawniczego, a przynajmniej jest silnie w nich zakorzeniony⁴⁶. Rzecz jest o tyle istotną, iż – choć

⁴¹ G. Becker, *The Economic Way of Looking at Life (Nobel Lecture, December 9, 1992)*, „Economic Sciences” 1992, s. 51, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.pdf, 23.03.2016.

⁴² G. Becker, *A Theory of Marriage [w:] Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital*, red. T. Schultz, Chicago 1974, s. 299–351.

⁴³ R. Posner, *Should Polygamy Be Legal?*, The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2006/10/should-polygamy-be-legal—posners-comment.html>, 24.03.2016.

⁴⁴ R. Posner, *The Regulation of the Market in Adoptions*, „Boston University Law Review” 1987, nr 59, s. 59–72.

⁴⁵ R. Nelson, *Economics as Religion: From Samuelson to Chicago and Beyond*, Pennsylvania 2014, s. 185.

⁴⁶ Nie miejsce tu na rozstrzygnięcie kontrowersji wokół realizmu (a także funkcjonalizmu, idealizmu prawniczego, socjologicznej jurysprudenencji, czy *bunch theory of law* – „emocjonalnej”, bo koncentrującej się na badaniu emocji towarzyszących podejmującym rozstrzygnięcie sędziemu lub osobie pełniącej funkcję organu administracji publicznej, teorii prawa); wszystkie one bazują na krytyce pozytywizmu prawniczego, inspirowane amerykańskim pragmatyzmem Charlesa Peirce’a, Williama Jamesa oraz

w licznych wypowiedziach poświęconych ekonomicznej analizie prawa, wspomina się o jej związkach z innymi nurtami amerykańskiej jurysprudenencji XX wieku (a zatem, naturalnych i silnych związkach z realizmem prawniczym, funkcjonalizmem i socjologiczną jurysprudencją) – uwagi te nie są na ogół rozwijane⁴⁷. Warto pogłębić nieco te spostrzeżenia.

Niezależnie od złożoności problemu i wszystkich kontrowersji (w tym kontrowersji terminologicznych wokół pojęcia realizm, funkcjonalizm itd.) amerykańska jurysprudenca 1 poł. XX w. – mająca za przedstawicieli takich reprezentantów jak m.in. Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, Karl Llewelyn, Jerome Frank – bazuje ona na bagatelizowaniu roli regulacji pozytywnej (lekceważący stosunek względem przepisów, spisane ustawodawstwa, które traktowane jest jako zaledwie „papierowe prawo” – *law in the books*), akcentując raczej wagę praktyki obrotu prawnego: orzecznictwa oraz okoliczności pozanormatywnych, które mają bezpośredni wpływ na proces rozstrzygania indywidualnych problemów prawnych (*law in action*). Wskazuje się różnorakie czynniki faktyczne, pozanormatywne, tj. nieprzewidziane przez legislatora na etapie projektowania regulacji, które kształtować będą rozstrzygnięcie konkretnego *case'u*. Są wśród nich nie tylko ogólne okoliczności społeczne, polityczne i ekonomiczne (mówiąc obrazowo: przedstawiciele realizmu prawniczego dostrzegają, że przepis pozostający formalnie w niezmiennym brzmieniu może być poddawany odmiennej wykładni i zastosowaniu w czasie kryzysu gospodarczego i w okresie *prosperity*), ale także indywidualne okoliczności warunkujące postawę sędziego (jego poglądy polityczne, doświadczenie życiowe, stan zdrowia, kondycja i aktualne samopoczucie). Zwolennicy realizmu w jego skrajnej wersji negowali w ogóle istnienie norm prawnych jako reguł, których obowiązywanie implikuje konieczność wielokrotnego stosowania do rozstrzygania konkretnych

behawiorystycznym pragmatyzmem Johna Deweya. J. Kowalski, *Funkcjonalizm w prawie amerykańskim*, Warszawa 1960, s. 9 i n.

⁴⁷ Tytułem przykładu: „Pomimo świeżości, jaką wniosły realizm prawny i jurysprudenca socjologiczna do amerykańskiej teorii i filozofii prawa, nie stały się one wpływowymi doktrynami, co tłumaczy się trudnościami w zbudowaniu ich spójnego aparatu pojęciowego. Niewątpliwym ich sukcesem było jednak otworzenie prawa na inne nauki, w tym ekonomię i socjologię, co zaowocowało powstaniem ekonomicznej analizy prawa w XX wieku”. K. Metelska-Szaniawska, J. Beldowski, *Ekonomiczna...*, s. XIX.

przypadków (prawo – jak powie Jerome Frank – składa się z decyzji, a nie reguł)⁴⁸.

W koncepcji tej prawo przestaje być utożsamiane z abstrakcyjnym, spójnym systemem normatywnym, odzwierciedlającym aksjologiczne wybory prawodawcy – stając się zaledwie tym, co adwokaci, sędziowie i urzędnicy „robią ze swoimi sprawami”⁴⁹. Rolą sędziów i urzędników nie jest poszukiwanie moralnych preferencji legislatury, czy odczytywania znaczenia norm w drodze skomplikowanych wnioskowań prawniczych (sylogizm), ale rozstrzyganie indywidualnych sporów sądowych i pragmatyczne rozwiązywanie konkretnych problemów społecznych. Podejściu temu nieprzypadkowo zarzucano „nihilistyczny” charakter⁵⁰ ze względu na monizm metodologiczny na gruncie nauki prawa, a zatem eliminacja wszelkich sądów wartościujących, postawy oceniającej w dyskusji na temat rozwiązań prawnych (towarzyszy temu przekonanie, że kryteriów takiej oceny nigdy nie można dobrać z naukową pewnością, a wartości, o których mówiono w dotychczasowej filozofii prawa bazowały na przesądach, irracjonalnych emocjach, tradycji itp.)⁵¹.

⁴⁸ J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, s. 128.

⁴⁹ K. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study written especially for first-year law students. A new edition*, Oxford 2009, s. 3.

⁵⁰ Realistów prawnych potępiano m.in. za traktowanie prawa jako ogółu indywidualnych rozstrzygnięć sądowych (pojedynczych *case'ów*) oraz niechęć do rekonstruowania generalnych i abstrakcyjnych norm (reguł i zasad prawnych), redukowanie prawa do wymiaru praktycznego: spraw widzianych oczami adwokata, klienta oraz lekceważący stosunek do rozważań na temat wartości (sprawiedliwości, godności, słuszności itp.) typowych dla filozofii prawa; skupienie się na tym „jak jest” – zamiast rozważań „jak powinno być”; koncentrowanie się na czynnikach emocjonalnych, które towarzyszą sędziemu w rozstrzyganiu sprawy. Samo już przekonanie o tym, że badanie prawa polega na interpretacji poszczególnych przypadków, nie zaś odnajdywaniu ogólnych reguł – prowadziło do wniosku, że przepisy aktu normatywnego (np. konstytucji) mogą być wielorako interpretowane, w zależności od szczególnych okoliczności konkretnego przypadku, a zwłaszcza osoby interpretatora i jego aktualnego stanu emocjonalnego. Skoro tekst aktu jest zaledwie „*law in the books*”, który może być różnorako czytany i rozumiany – ostateczna postać „*law in action*” uzależniona jest od widzimisię sędziego. Nauka prawa „przestaje być nauką prawidłowości”, a „nauką wyjątkowości”. B. Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the first law and economics movement*, Harvard–London 2001, s. 224; O. Fiss, *The Law as it Could Be*, New York–London 2003, s. 151; C.B. Gray, *Philosophy of Law: An Introduction*, London–New York 2005, s. 28.

⁵¹ J. Kowalski, *Funkcjonalizm...*, s. 74.

Naszkieowany wyżej obraz realizmu nie byłby pelen, gdyby nie uwzględnić postrzegania prawa jako narzędzia, instrumentu zmiany społecznej. Poza pragmatyzmem filozoficznym oraz rozważaniami Zygmunta Freuda (zwłaszcza w kwestii wpływu procesów nieświadomych na decyzje oraz świadomego wyobrażenia otaczającego świata) na jurysprudence amerykańską 1 poł. XX w. wpływ miały prace socjologów amerykańskich, zwłaszcza Edwarda Alswortha Rossa, który wprowadził do słownika nauk społecznych pojęcia „kontroli społecznej” oraz „społecznego kierowania” (*social control*)⁵² – co odcisnęło szczególnie silne piętno na teoretycznoprawne rozważania Roscoe Pounda⁵³, autora m.in. „*The Economic Interpretation and the Law of Torts*”⁵⁴. W pracach poświęconych EAP Roscoe Pound jest postacią często wspomnianą⁵⁵.

Pound traktuje prawo wyłącznie w kategoriach użytecznego instrumentu sprawowania *social control* oraz *social steering* (a w konsekwencji podstawowego narzędzia, przy pomocy którego uprawiana jest „inżynieria społeczna”⁵⁶). Bazuje na założeniu, jakoby prawo było „jednym z rodzajów *social control*. Porządek społeczny jest (...) produktem *social control*, a nie czymś, co powstaje w sposób spontaniczny, żywiołowy”⁵⁷. Dzięki prawu (zarówno projektowanym regulacjom przez legislatorów, jak i sędziom-interpretatorom) dokonuje się stabilizacja dotychczasowych stosunków społecznych, jak i ich dynamizacja, rozumiana jako zmiana aktualnego układu w celu „postępu społecznego”. Pierwsze zetknięcie

⁵² E. Ross, *Social Control. A Survey of the Foundation of Order*, [bmw] 1901.

⁵³ Nazwiska socjologów, ekonomistów i prawników, którzy podłożyli intelektualne fundamenty pod współczesną ekonomiczną analizę prawa można mnożyć. Poza wyżej wskazanymi, podaje się następujące nie mniej wpływowe postacie: H. Carter Adams, R.T. Ely, J.R. Commons, W.C. Mitchell, T. Veblen, R. Lee Hale, W.H. Hamilton, K. Llewellyn, J. Frank, R. Pound. N. Mercurio, S. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-modernism*, Princeton 1997, s. 101. Więcej na temat rozważań poprzedzających *law & economics*: N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford 1995, s. 301 i n.

⁵⁴ R. Pound, *The Economic Interpretation and the Law of Torts*, „Harvard Law Review” 1940, nr 3, s. 365–385.

⁵⁵ K. Metelska-Szaniawska, J. Beldowski, *Ekonomiczna...*, s. XIX; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia...*, s. 185.

⁵⁶ R. Pound, *Social Control through Law*, New Haven 1942; L. McManaman, *Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound*, „St. John's Law Review” 1958, nr 33, s. 1–46; W. Jedlecka, *O metodzie socjologicznej w badaniu prawa*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2014, z. VIII, s. 181–197.

⁵⁷ J. Kowalski, *Funkcjonalizm...*, s. 12–13.

z analizami Pounda – dziekana Harvard Law School, najczęściej cytowanego amerykańskiego naukowca minionego stulecia⁵⁸ – może wywołać szok poznawczy. Pojęcia takie jak „*social control*”, „*social improvement/steering*” i „*social engineering*” (rozumianego jako świadome sterowanie społeczeństwem)⁵⁹ występują w jego pracach gęsto, a sam autor konsekwentnie lansuje obraz prawnika jako inżyniera społecznego zarządzającego społeczeństwem dzięki tworzonym i stosowanym regulom. Nie ukrywa nawet, że rozpoznanie celów prawa pozostaje zadaniem specjalistów – wąskiej grupy ekspertów, którzy połączą wiedzę prawniczą z wnikliwą znajomością spraw społecznych i ekonomicznych. Nadawanie treści prawu należeć powinno raczej do fachowego rzemieślnika, a nie – jak przyjęło się sądzić w demokratycznym społeczeństwie – wybieranych polityków wchodzących w skład organów legislatywy⁶⁰. Nadaje to koncepcji Pounda charakter silnie technokratyczny. Poglądy te wpisują się w atmosferę kryzysu gospodarczego, triumfów ruchu technokratycznego (*Technocratic Movement*), etatystycznej polityki *New Deal* Roosevelta (długo popieranego przez Pounda) oraz rozrostu administracji federalnej (opisywanej entuzjastycznie jako naturalny rezultat postępu społecznego i dowód przejścia od społeczeństwa rolniczego do przemysłowego)⁶¹. Na tym etapie rozwoju społecznego jednym z celów prawa jest dążenie do zwiększenia do maksimum ludzkiej władzy nad światem zewnętrznym i wewnętrznym człowieka⁶², a sprzyjać temu będzie ochrona oraz najbardziej racjonalna dystrybucja środków materialnych, które występują w ograniczonej ilości i powinny być wykorzystane w sposób najbardziej ekonomiczny, bez marnotrawstwa zasobów oraz pogłębiania antagonizmów społecznych⁶³.

⁵⁸ R. Shapiro, *The Most-Cited Legal Scholars*, „Journal of Legal Studies” 2000, nr 1, s. 410.

⁵⁹ G. Seidler, *Doktryny prawne imperializmu*, Warszawa 1957, s. 170.

⁶⁰ Wymowna jest wypowiedź Pounda na temat ulomności organów legislatywy: „In a large body not so trained and without judicial habits, we should expect, and experience shows we must expect, many of the characteristic phenomena of what psychologists have called the mob mind”. R. Pound, *Justice According to Law*, „Columbia Law Review” 1914, nr 1, s. 11.

⁶¹ R. Pound, *The Growth of Administrative Justice*, „Wisconsin Law Review” 1924, nr 2, s. 321–339; M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford 1992, s. 218.

⁶² R. Pound, *Social Control through Law*, New Haven 1942, s. 132.

⁶³ R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921, s. 196.

Mówiąc obrazowo (a imaginacja ta uzasadniona jest dodatkowo okolicznością, iż Pound ukończył botanikę i również na tym polu osiągał sukcesy naukowe): podobnie jak dojrzewająca roślina potrzebuje do swojego wzrostu wody, powietrza i promieni słonecznych – prawo postrzegane jest jako jeden z czynników wzrostu, postępu, dojrzewiania społeczeństwa, które wciąż ewoluuje. W rezultacie, kryterium oceny prawa staje się odpowiedź na pytanie o użyteczność danej regulacji – czy przyczynia się ona do wzrostu, czy jest skutecznym narzędziem zmiany społecznej? Refleksja nad prawem zostaje spłaszczona do pytań o skutek konkretnych regulacji i ich przydatność na aktualnym szczeblu rozwoju społecznego. Tylko te rozwiązania prawne powinny być utrzymane, które są użyteczne⁶⁴. Co prawda, pisząc o rozwoju i postępie społecznym, nie chodzi tylko o wzrost ekonomiczny, ale prawo przestaje być traktowane jako fakt kulturowy. „Prawo pojmowane jest więc jako swoiste narzędzie stosowane w ramach celowego, a więc świadomego działania zarówno sędziego, jak i ustawodawcy. Problem aksjologii jest w tym wypadku elementem zewnętrznym wobec prawa i nauki prawa”⁶⁵.

Zasygnalizowano, że postrzeganie prawa jako tylko i wyłącznie narzędzia, instrumentu zmiany społecznej – pozwala zaklasyfikować te idee jako technokratyczne. Koncepcja Pounda była tu konsekwentna: bazowała na przekonaniu, że prawo powinno stanowić domenę „specjalistów”, którzy – orientując się w bieżących problemach społecznych, świadomi kierunków rozwoju społecznego – są inżynierami społecznymi. Diagnozują potencjalne konflikty, przewidują kryzysy, określają cele, dobierają właściwe środki służące postępowi, sprawują nadzór i kontrolę, zapewniają ład społeczny. Integrują wiedzę z zakresu nauk prawnych i społecznych, co predestynuje ich do pełnienia szczególnej roli: projektowania zmiany społecznej i doboru środków, które do niej doprowadzą. Ze względu na wagę zadania, do nich należy prawdziwa władza, wybierani politycy są do tego niezdolni – trudno pogodzić technokratyzm z demokratyzmem⁶⁶.

⁶⁴ S. Presser, *Foreword* [w:] R. Pound, *The Ideal Element in Law*, Indianapolis 2002, s. VIII.

⁶⁵ M. Glicz, *Efektywność prawa w koncepcji Law and Economics*, GSP 2008, t. XX, s. 132.

⁶⁶ Intuicja o bliskości ekonomicznej analizy prawa z realizmem prawniczym i „technokratyczności” obu podejść dostrzegana była już w krajowej literaturze. Tak np.: „Szkoła *Law and Economics*, ze względu na racjonalistyczne podejście do problemów społecznych, może być, wprawdzie przy dość

Czy EAP jest wolna od tych aspiracji? Czy proponowana przez Posnera, Beckera, czy Calabresiego wizja prawa nie przypomina obrazu Pounda? Czy nurt *law & economics* nie ma charakteru technokratycznego? Czy, słysząc wróżby ekonomistów na temat finansowych skutków danej regulacji, które „przekraczają możliwości budżetowe”, są „niepożądane przy uwzględnieniu stanu finansów publicznych” albo „nie przyczynią się do utrzymania tempa wzrostu gospodarczego”, nie wkraczają na płaszczyznę polityczną, która należeć powinna do legitymowanych demokratycznie decydentów? Czy wizja postępu społecznego jako nadrzędnego celu prawa nie przypomina, lansowanego przez EAP, przekonania, że obowiązujące prawo służyć ma finalnie jak najpełniejszej realizacji zasady maksymalizacji bogactwa?

6. Ekonomiczna analiza prawa - problemy praktyczne

Niezależnie od wyżej przedstawionych rozważań natury teoretycznoprawnej, zasygnalizować należy także szereg problemów praktycznych, które napotykać może zastosowanie postulatów EAP. Rzecz jest tym istotniejsza z uwagi na fakt, iż „ekonomiczna analiza prawa w systemie kontynentalnym odnosi się przede wszystkim do etapu tworzenia prawa”⁶⁷. Pozostawiając na boku inspiracje intelektualne EAP, sprawiedliwość zredukowaną do efektywności ekonomicznej oraz abstrakcyjne prognozy Beckera na temat ceny za nerkę i wątrobę na rynku zdrowych organów, metody dostarczane przez ekonomiczną analizę prawa mogą stanowić przydatny instrument rozwijania polityki prawa. „Są to metody, których zastosowanie przez prawników dysponujących jedynie tradycyjnym, jurydycznym wykształceniem byłoby trudne, jednak z punktu widzenia nauki prawa konstytucyjnego, a także innych działów prawa

skrajnej interpretacji, potraktowana jako kolejny nurt intelektualny redukujący politykę do inżynierii społecznej. Charakterystyczne dla tego typu podejść jest postrzeganie sfery polityki jako zespołu problemów technicznych, które mogą być rozwiązane za pomocą niezawodnych, naukowych metod. W przypadku ekonomicznej analizy prawa pokusa technicznego administrowania państwem może być o tyle silniejsza, że w myśleniu ekonomicznym jednostka traktowana jest przede wszystkim jako konsument...”. J. Kaczor, *Law...*, s. 74–75.

⁶⁷ T. Spyra, *Granice wykładni prawa: Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, s. 254.

(np. cywilnego, administracyjnego, finansowego, karnego) są one niezwykle ważne. Ważne nie tylko ze względu na potwierdzenie pewnych przypuszczeń i intuicji albo zaprzeczenie im, ale także ze względu na to, że pozwalają na solidnych podstawach oprzeć to, co niektórzy teoretycy i socjologowie prawa, za L. Petrażyckim, postulują pod nazwą polityki prawa⁶⁸. Chodzi tu przede wszystkim o ocenę skutków regulacji⁶⁹.

Postulat reformy systemu stanowienia prawa jest formułowany tym głośniej, im częściej pisze się o kryzysie prawa⁷⁰. Nie lekceważąc wagi planowania legislacyjnego i konieczności przeprowadzania analizy *ex ante* (w tym zwłaszcza rzetelnie przeprowadzonej oceny skutków regulacji), pamiętać trzeba o tym – choć to oczywiście truizm – że sporządzanie prognozy skutków ekonomicznych zawsze wiąże się z ryzykiem popełnienia błędu. „Wydawałoby się, że tak jak podczas procesu strona, która chce zmienić regulacje, powinna się dobrze do tego przygotować (...) Gdyby tak było w rzeczywistości, znacznie więcej niż kilka procent ustaw miałyby poprawnie przeprowadzoną ocenę skutków regulacji. Dziś w większości przypadków organ, który proponuje nowe prawo, nie przygotowuje poprawnie jego bilansu korzyści i strat. Taki błąd może wiele kosztować”⁷¹. Choć autorzy owej pesymistycznej diagnozy zwracają uwagę na polskie zaniedbania na polu stanowienia prawa, pomyłki i błędne szacunki nie stanowią domeny wyłącznie polskiego procesu legislacyjnego. Doświadczenia zagraniczne dostarczają przykładów obrazujących, że

⁶⁸ P. Winczorek, *Recenzja: K. Metelska-Szaniawska, Konstytucyjne czynniki reform gospodarczych w krajach postsocjalistycznych. Studium empiryczne*, PiP 2009, z. 2, s. 117.

⁶⁹ W. Szpringer, W. Rogowski, *Ocena skutków regulacji – poradnik OSR, doświadczenia, perspektywy*, Warszawa 2007; T. Kulisiewicz, *Redukcja obciążeń administracyjnych a wybrane zagadnienia informatyzacji administracji publicznej*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2013, nr 29, s. 131–150.

⁷⁰ J. Kochanowski, *Trzy powody czy też symptomy kryzysu prawa* [w:] *Nadużycie prawa*, red. H. Izdebski, A. Stepkowski, Warszawa 2003, s. 77–86; E. Łojko, A. Turska, *Kryzys prawa i spadek jego prestiżu* [w:] *Kultura prawna i dysfunkcjonalność prawa*, Warszawa 1988, s. 301 i n.; K. Pawłowicz, *Transformacja ustrojowa – kryzys czy upadek państwa?* [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, red. G. Polkowska, Warszawa 2000, s. 409–431; A. Stelmachowski, *Problem stabilności prawa* [w:] *Prawo...*, red. G. Polkowska, s. 21–29; C. Staughton, *Za dużo prawa*, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 167–175; K. Goetz, R. Zubek, *Stanowienie prawa w Polsce. Reguły legislacyjne a jakość ustawodawstwa*, Warszawa 2005, s. 5 i n.

⁷¹ M. Matczak, T. Zalański, *5 grzechów głównych procesu legislacji: jak nie przegrać, wprowadzając nowe ustawy?*, „Think-Tank Magazine” 2009, nr 1, s. 108.

przyjęcie błędnej metodologii albo inny błąd na etapie szacowania ekonomicznych konsekwencji projektowanych zmian legislacyjnych może doprowadzić w praktyce do zupełnie wypaczonego wyobrażenia o efekcie wywołanym daną regulacją⁷².

Nie należy zapominać, że próby przepowiedzenia skutków wywoływanych przez dane rozwiązanie normatywne stanowią jedynie spekulatywną kalkulację opartą na szeregu teoretycznych założeń, które nie muszą wcale odpowiadać rzeczywistości aktualnej (na etapie projektowania regulacji) oraz przyszłej (po jej wejściu w życie). Znane są także liczne przypadki, w których podmioty stosunków prawnych: wierzyciele, dłużnicy, organy administracji publicznej, przestępcy itd. działali wbrew teoretycznym modelom przyjmowanym jako założenie w analizach ekonomicznych⁷³. Świadomi są tego oczywiście przedstawiciele EAP, gdy

⁷² Tytułem przykładu: „Nie uwzględnianie wszystkich korzyści z redukcji przestępczości może prowadzić do złej alokacji zasobów. Następujący przykład zilustruje czemu wyczerpujące szacunki kosztów przestępczości są tak istotne. Na początku lat 80-tych, stan Illinois miał problemy z przeludnieniem więzień. Władze stanowe zdecydowały, że zamiast budować nowe zakłady karne, lepiej jest zwolnić część więźniów przed czasem. Oczywiście, przedterminowe zwolnienia mogą być przyczyną większej przestępczości niż miało by to miejsce, gdyby dana grupa była ciągle izolowana. Program przedterminowych zwolnień był badany przez naukowców, którzy doszli do wniosku, że istotnie nastąpił wzrost liczby przestępstw, których dopuszczali się przedterminowo zwolnione osoby. Niemniej, według naukowców, koszty zwiększonej liczby przestępstw były niższe niż oszczędności dla rządu wynikające z braku konieczności budowy nowych więzień (...) W tamtym czasie jedyne szacunki kosztów poszczególnych typów przestępstw bazowały na bezpośrednich stratach materialnych dla ofiary. Dlatego też, koszt przestępstwa zgwałcenia został oszacowany na zaledwie 350 dolarów (...) Ostatnio, w roku 2004 opublikowałem aktualne szacunki, które pokazywały, że społeczeństwo jest skłonne zapłacić za zmniejszenie liczby włamań o jedno sumę 25 tysięcy dolarów, a za jedno poważne pobicie mniej sumę 70 tysięcy dolarów. Sumy te rosną do 237 tysięcy dolarów w przypadku zgwałcenia i blisko 10 milionów dolarów w przypadku zabójstwa”. M. Cohen, *Ekonomiczne podejście do przestępczości i wymiaru sprawiedliwości*, www.rpo.gov.pl/pliki/1197460053.pdf, 25.03.2016.

⁷³ Ciekawe wnioski prezentuje poniższy cytat: „W ekonomicznych analizach zachowań przestępczych przyjmowane jest założenie, że potencjalni przestępcy działają w sposób racjonalny. Według modelu ekonomicznego jednostkę racjonalną charakteryzuje umiejętność automatycznej aktualizacji wyobrażeń o prawdopodobieństwie wraz z napływem wszelkich nowych informacji oraz zachowanie zgodne z założeniami teorii oczekiwanej użyteczności (...) wzrost prawdopodobieństwa schwymania i osądzenia potencjalnego sprawcy (podobnie jak i wzrost surowości kary za popelnienie przestępstwa) przyczyni się do spadku oczekiwanej użyteczności z działań nielegalnych i tym samym powinien doprowadzić do spadku liczby popelnianych przestępstw (...) wzrost efektywności pracy organów ścigania powinien przyczynić się do spadku przestępczości. Natomiast analizując szeregi czasowe wskaźnika wykrywalności sprawców i natężenia przestępstw stwierdzonych ogółem w Polsce w latach 1990–2012 zauważono, że wzrost prawdopodobieństwa schwymania i osądzenia sprawcy może (wbrew

sugerują dystans względem wniosków płynących z analizy *ex ante* podkreślając, że aktorzy ekonomicznych modeli zachowań działają „tak jakby” działali w realnym świecie: „Omawiane tu ekonomiczne modele przestępczości zakładają, że jednostki decydują się na przestrzeganie prawa bądź jego łamanie na podstawie rachunku własnych korzyści (...) Nasz model racjonalnego przestępstwa upraszcza rzeczywistość na wiele sposobów, o czym powinniśmy tutaj wspomnieć. W rzeczywistości przestępczość ma wiele przyczyn (...) Ekonomisci zwykle opisują ekonomiczny model podejmowania decyzji jako obraz uwzględniający zachowania, a nie subiektywne procesy rozumowania. Dlatego mówi się, że konsumenci działają *tak jakby* obliczali użyteczności krańcowe. Podobnie przyjęło się, że przestępcy działają *tak jakby* porównywali krańcowe korzyści płynące z przestępstwa z oczekiwaną karą”⁷⁴. Ekonomiczna analiza regulacji może się zatem okazać – jak głosi inspirujące porzekadło – „sluszna w teorii, ale nic nie warta w praktyce...”.

Zasygnalizowane zostało, że EAP ma charakter technokratyczny (a przynajmniej silne inspiracje technokratyczne), opiera się na założeniu, że proces prawodawczy przypomina zracjonalizowane rzemiosło. Innymi słowy, w EAP akcentuje się silniej czynnik ekspercki niż polityczny. Wydaje się, że pożądanym jest tu jednak pewien umiar, równoważenie się obu tych czynników – wykluczenie z procesu legislacyjnego fachowców budziłoby słuszne zaniepokojenie, z drugiej natomiast strony, ich dominacja powodowałaby uzasadnione pytania o wartość demokratycznej legitymizacji, sens partyjnych programów i powszechnych wyborów oraz odpowiedzialność polityczną decydentów. Proces stanowienia prawa winien opierać się na równowadze dwóch aspektów: politycznego i profesjonalnego: czynnik fachowy powściąga i uszlachetnia demokrację⁷⁵. Ten pierwszy opiera się na intuicji, powołaniu do podejmowania decyzji, ten drugi na wiedzy. Bycie ekspertem nie daje monopolu na nieomylność i intuicję, ponieważ „decyzje prawodawcze należą do szczególnie

założeniom teoretycznych modeli przestępczości) prowadzić do wzrostu liczby przestępstw ujętych w statystykach policyjnych (...)”. K. Kądziołka, *Modele ekonomiczne w analizie zjawiska przestępczości*, „Studia Ekonomiczne” 2014, s. 56.

⁷⁴ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna...*, s. 607.

⁷⁵ Z. Radwański, *Rola prawników w tworzeniu prawa*, PiP 2007, z. 12, s. 3–9.

trudnych; są podejmowane w sytuacjach niepowtarzalnych, a przy tym w warunkach niepewności, co powoduje, że eksperci często różnią się między sobą, zwłaszcza w sprawie prognoz co do skutków przewidywanych unormowań⁷⁶.

Fetyszyzacja ekspertów oraz dostarczanych przez nich wniosków powoduje też inny problem: w czasach skomplikowanych procedur decyzyjnych, wielu *lobbies* o sprzecznych interesach oraz złożoności dziedzin życia, które podlegają jurydyzacji, trudno jednoznacznie ustalić kto faktycznie dysponuje wiedzą i doświadczeniem predestynującym do zaszczytnego miana eksperta. Pytanie też o sposób wyceny wartości i zasad prawnych, zwłaszcza jeśli mają one charakter moralny: „teoria OSR zgłasza wiele postulatów czy *law & economics*: regulacja jest kosztowna, regulacja jest nie zawsze łatwa do porównania pod kątem kosztów, często nie bierze się pod uwagę pełnego rachunku kosztów, np. pomoc publiczna obejmuje też cały aparat, który przydziela tę pomoc, a tego czasami się nie uwzględnia. Porównuje się sytuacje hipotetyczne, a nie istniejące rzeczywiście, np. w prawie konkurencji, gdzie porównuje się rynek istniejący z rynkiem, który jest w sferze prognoz (...) Powstaje pytanie, na ile możemy kwantyfikować przesłanki i rezultaty regulacji, wyceniać pewne cele czy wartości, np. czystego środowiska, bezpieczeństwa, życia czy zdrowia ludzi. Wiadomo, że są to wartości bezcenne, ale oczywiście na poziomie przedsiębiorstw, czy ubezpieczeń zdrowotnych istnieje potrzeba, żeby wartości te też wyceniać. Poruszamy się na poziomie wartości ustrojowych, np. czy wyceniać i stosować jakąś kosztowną terapię, skoro za te pieniądze można byłoby wyleczyć setki ludzi⁷⁷.

Inną kwestią jest stosunek do EAP praktyków, zwłaszcza sędziów, w kontynentalnej kulturze prawnej. Komentatorzy są tu zasadniczo zgodni: przynależność EAP do anglosaskiej kultury prawnej sprawia, że nie jest ona w pełni kompatybilna z europejskim wyobrażeniem prawa i przez to bez nadmiernego entuzjazmu przyjmowana w doktrynie. „To właśnie kultura *common law*, oparta na ideologii powstawania prawa jako

⁷⁶ S. Wronkowska, *Ekspert a proces tworzenia prawa*, PiP 2000, z. 9, s. 3–15.

⁷⁷ W. Szpringer, *Metodologia oceny skutków ekonomiczno-społecznych zmiany prawa – wprowadzenie do dyskusji* [w:] *System stanowienia prawa w Polsce. Zielona Księga 2013*, nr 30, s. 48.

aktu uznania zastanych, wcześniej wykształconych praktyk, wskazywana jest zwykle jako dużo bardziej sprzyjająca argumentacji z obszaru *Law and Economics* niż kultura prawa stanowionego⁷⁸. Inni autorzy podkreślają, że „*Law & Economics* wyrosła na gruncie metod badawczych preferujących rozważania «od prawa do filozofii», które są charakterystyczne dla kultury *common law*. Są one zasadniczo odmienne od metod badawczych typowych dla rozważań «od filozofii do prawa», głęboko zakorzenionych w kulturze prawa stanowionego⁷⁹. Należy mieć zatem świadomość, że nawet na gruncie systemu prawa prywatnego – a więc takich dziedzin jak prawo cywilne i handlowe (regulujących sferę obrotu, w której „ekonomiczne” podejście uczestników jest naturalne), należy zawsze uwzględnić zawsze specyfikę *common law* oraz różnice pomiędzy kulturą prawa kontynentalnego⁸⁰.

Na dystans względem postulatów *law & economics* wpływają także inne czynniki, w tym europejski model kształcenia prawników i ścieżka kariery. Przekonująco tłumaczy to Tomasz Stawecki, pisząc o sędziach: „nikt z nich wszakże nie miał za sobą doświadczenia pracy dla klienta: banku, kredytobiorcy, bankruta, oszusta itp. Nikt z nich nie spędził lat na negocjowaniu konkretnych transakcji, na szukaniu dającego się zaakceptować *ex ante* rozkładu i równowagi ryzyka różnych uczestników obrotu (...) sędziowie przyzwyczajeni do myślenia w kategoriach względnie odrębnych dziedzin (gałęzi) prawa i strukturalizujących je ustaw lub kodeksów, niechętnie posługują się pojęciem «transakcji» (...) Z tego powodu więc koncepcja kosztów transakcyjnych nie przemawia zbyt silnie do przekonania sędziów, w tym sędziów reformatorów (...) ich dystans wobec posługiwania się kategoriami ekonomicznej analizy prawa może się okazać typowy dla krajów Europy kontynentalnej (...) słaba znajomość ekonomii (...) słabe zakorzenienie filozofii użytecznej i liberalizmu (...) czy wreszcie trudność zaakceptowania przez środowiska prawnicze, odwołujące się do zasad słuszności i sprawiedliwości, modelu *homo oeconomicus*,

⁷⁸ A. Bator, *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa* [w:] *Analiza...*, s. 28.

⁷⁹ Z. Brodecki, A. Brodecka-Chamera, *Rynek i kultura w integracji z prawem*, GSP 2012, t. XXVIII, s. 71.

⁸⁰ R. Stroiński, *O kosztach...*, s. 41.

czyli człowieka racjonalnie poruszającego się w świecie cen i rynków oraz dążącego do maksymalizacji osiąganych korzyści⁸¹.

Być może postawa taka stanowi przejaw zadufania, swoiście rozumianej postawy konserwatywnej i przekonania o samowystarczalności własnej, kontynentalnej kultury prawnej. Być może też ten brak kompleksów względem koncepcji anglosaskich spowodowany jest okolicznością, iż *law & economics* nie jest ani pierwszym, ani też jedynym nurtem, którego zwolennicy akcentują konieczność uwzględniania – w procesach stanowienia oraz stosowania prawa – czynników ekonomicznych, a zwłaszcza podejmowania próby przewidywania społecznych (w tym ekonomicznych) skutków regulacji, czy rozstrzygnięć sądowych i administracyjnych. Różnorakie związki nauki oraz praktyki prawa z ekonomią akcentowane były już w przeszłości, a w kontynentalnej refleksji prawniczej od dawna postulowano otwartość na argumenty ekonomiczne⁸². Nie miejsce tu na rozwijanie tej intuicji, choć zasygnalizować wypada, że w samej rodzimej jursprudencji nie brak autorów, którzy akcentowali społeczno-ekonomiczny kontekst prawa oraz rozwijania naukowej polityki prawa. Sięgnięcie do prac L. Petrażyckiego, A. Podgóreckiego, J. Wróblewskiego, czy Z. Ziemińskiego nie dostarczy oczywiście wiedzy w przedmiocie zastosowania twierdzenia Coase’a, rozważań wokół efektywności w sensie Pareto i barwnych przykładów w stylu Posnera i Beckera, niemniej trudno zgodzić się z poglądem, iż „właściwie dopiero obecnie zaczyna się mówić i pisać o ekonomicznych skutkach uregulowań prawnych (...) politykę prawa czy precyzyjniej, politykę tworzenia prawa, rozwijają teoretycy prawa, lecz nie koncentrują się na czynnikach ekonomicznych”⁸³.

⁸¹ T. Stawecki, *Sędziowie w procesie reformowania prawa* [w:] *Analiza...*, s. 189.

⁸² Tomasz Giaro przywołuje tu barwne przykłady reformy prawa pod wpływem poczyznań Luciusa Veratiusa albo „ekonomizacji” norm ustawy XII Tablic. T. Giaro, *Podsumowanie i zamknięcie konferencji* [w:] *Ekonomiczna analiza prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2015, s. 269. Jerzy Stelmach podkreśla natomiast, że „z interpretacjami prawa w kategoriach ekonomicznych mamy do czynienia już znacznie wcześniej, m.in. w jursprudencji rzymskiej, w marksistowskiej teorii prawa, amerykańskim realizmie prawnym o socjologicznej jursprudencji, w pewnych odmianach hermeneutyki i argumentacji prawniczej, a nawet w koncepcji Dworkina”. J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] *Analiza...*, s. 9.

⁸³ P. Pilarczyk, *Polityka gospodarcza jako czynnik kształtowania rozwiązań prawnych. Wpływ na regulacje celne w polskiej skarbowości od XV/III do XX wieku*, „Studia z dziejów państwa i prawa polskiego”, t. XVI, Kraków-Lublin-Łódź 2013, s. 73.

Idzie za tym inny przytyk wobec EAP: przerostu formy nad treścią. Jeden z komentatorów stawia retoryczne pytanie: „czy potrzeba idei maksymalizacji dobrobytu społecznego, aby wiedzieć, że najbardziej efektywne ekonomicznie jest prawo, które prowadzi do największego wzrostu dobrobytu społecznego? Czy potrzeba idei Pareto, aby wiedzieć, że dane rozwiązanie prawne jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy powoduje ulepszenie czy też udoskonalenie sytuacji je poprzedzającej? Czy potrzeba idei Kaldora-Hicksa, aby wiedzieć, że zawiera ona tę samą myśl, chociaż nieco inaczej wyrażoną, co idea Pareto? I wreszcie, czy potrzeba analizy marginalnej, aby wiedzieć, że rozwiązanie prawne powinno realizować jakiś pożądaný cel?”⁸⁴. Brutalnie rzecz ujmując: sugeruje się, że EAP ubiera truizmy i banały w szaty przełomowych naukowych odkryć, bez których znajomości prawnicy niezdolni są do racjonalnego stanowienia i stosowania prawa.

7. Podsumowanie

Zasygnalizowane zostało na wstępie, że w artykule przedstawione zostaną zasadnicze kierunki krytyki EAP, natomiast prezentacja zajmowanej linii obrony i podnoszonych kontrargumentów przekracza dostępne ramy. Autor, na ile tylko było to możliwe, starał się wywiązać z przyjętego na siebie zobowiązania, relacjonując główne zarzuty i wskazując szereg potencjalnych słabości *law & economics*. Sytuacja taka może rodzić poczucie, że zwolennicy EAP promują koncepcję skompromitowaną, bazują na ewidentnie fałszywych założeniach i stosują błędne metody, a (co najgorsze) nie są tego nawet świadomi. Takie wrażenie byłoby oczywiście niesłuszne. Część postulatów EAP jest interesująca, zasługuje na poważne potraktowanie i uwzględnienie w procesie stanowienia i stosowania prawa. Inne muszą wydać się tylko obrazoburcze, niektóre mało praktyczne, pozostałe humorystyczne.

Ekonomiczna analiza prawa jest jedną z wielu prób uchwycenia prawa z konkretnymi zaletami i wadami – wydaje się, że te pierwsze zachowują swe walory tak długo, jak długo jej przedstawiciele powstrzymują się przed

⁸⁴ R. Tokarczyk, *Jednostronność...*, s. 177.

zbyt nachalną propagandą na rzecz leseferystycznych rozwiązań społeczno-prawnych. Można pokusić się o dostrzeżenie pewnej prawidłowości: im ostrzej reprezentanci *law & economics* dyskredytują dotychczasową refleksję prawniczą, tym bardziej ich własne rozumowania stają się na krytykę podatne. Niezależnie od sympatii albo antypatii do kapitalistycznego modelu ekonomicznego oraz mechanizmów gospodarki wolnorynkowej, nie sposób nie dostrzec zadurzenia EAP w liberalnej ekonomice, pragmatyzmie, utylityzmie i realizmie prawniczym. Z tych i innych powodów EAP nie jest wolna od słabości, które – mniej lub bardziej zasadnie – punktuje krytycy. Jerzy Stelmach trafnie charakteryzuje temperaturę sporu, podkreślając, że zwolenników, jak i przeciwników EAP łączy co najmniej jedna wspólna cecha – zaciętrzewienie⁸⁵. Wydaje się, że idea kompromisu pomiędzy zwolennikami i przeciwnikami EAP leży w otwartości na argumenty drugiej strony. Porozumienie jest możliwe w warunkach rzeczowej i spokojnej rozmowy na temat zalet i wad EAP.

Streszczenie

Niezależnie od wzrastającej wciąż atrakcyjności nurtu *law & economics*, formułowane są także względem niej liczne zarzuty. Niechętni ekonomicznej analizie prawa komentatorzy ukazują jej korzenie intelektualne (wpływ brytyjskiego utylityzmu, liberalizmu ekonomicznego i doktryny leseferyzu, filozoficznego pragmatyzmu, realizmu prawniczego oraz libertarianizmu) i akcentują szereg zastrzeżeń metodologicznych, takich jak: redukcjonistyczne założenia, wyobrażenie prawa jako narzędzia równoważenia społeczno-ekonomicznych zysków i strat, (iluzja?) moralnej neutralności, niekonsekwencje wywodu, technokratyczny sposób widzenia świata oraz błędna wizja funkcji prawa w demokratycznym społeczeństwie (maksymalizacja bogactwa). Krytycy są przekonani, że rozważania takich autorów jak Richard Posner czy Gary Becker oparte są na fałszywych założeniach na temat natury ludzkiej (*homo oeconomicus*, „człowiek ekonomiczny” – jako konsekwentnie racjonalny podmiot skupiony na sobie i wyłącznie własnym interesie), sceptycyzmie względem

⁸⁵ J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] *Analiza...*, s. 22.

tradycyjnych wartości i zasad prawnych (sprawiedliwość, godność człowieka, obowiązek, odpowiedzialność, prawa i wolności jednostki, demokracja, rządy prawa) i teorii prawa (iusnaturalizm, pozytywizm prawniczy), priorytetowe traktowanie praw majątkowych i centralna rola kryterium efektywności prawa (zwłaszcza relacja pomiędzy efektywnością ekonomiczną, a sprawiedliwością społeczną). Wielu krytyków oskarża ekonomiczną analizę prawa za promowanie libertariańskich idei pod płaszczkiem nowatorskiej teorii prawa, kapitalistycznej etyki, kontraktalistycznego wyobrażenia relacji społecznych, a nawet nihilistycznego podejścia do prawa. W konsekwencji, wiele spośród wniosków dostarczanych przez przedstawicieli ekonomicznej analizy prawa mają mieć czysto spekulatywny, abstrakcyjny charakter i są – zwłaszcza w warunkach europejskiej, kontynentalnej kultury prawnej – niestosowalne.

Słowa kluczowe: ekonomiczna analiza prawa, efektywność, moralność, technokratyzm, rynek

The critique of the economic analysis of law

Summary

Despite the growing attractiveness of Law & Economics (also known as the economic analysis of law), many critical remarks has been made in the current literature. Unfriendly commentators show its deep intellectual roots (the influence of British utilitarianism, economic liberalism and the laissez-faire doctrine, philosophical pragmatism, legal realism, political libertarianism) and emphasize number of methodological weaknesses such as philosophical reductionism, concept of law as an optimal outcome of a judicial balancing of socio-economical costs and benefits, (illusion of?) moral neutrality, incoherency, technocratic standpoint and false imagination of function of law in modern democratic society (wealth maximization). They believe that considerations of authors such as Richard Posner or Gary Becker are based on false assumptions about the human nature (*homo oeconomicus* or economic man – consistently rational and narrowly self-interested agent), law and legal system values (view

the law as based upon market principles), scepticism and self-doubt about traditional legal values and constitutional principles (justice, human dignity, duty, responsibility, individual rights, democracy, rule of law) and legal theory (natural law, legal positivism), the priority of property rights and the central role of efficiency criterion (especially relationship between economic efficiency and social justice). Many commentators and academics accuse *law & economics* of promoting libertarian ideas in the guise of a novel legal theory, capitalist ethic, contractual understanding of human relations even nihilistic approach to law. In a consequence many of the law & economics conclusions can be considered basically speculative, at a relatively high level of abstraction and inapplicable (especially in civil, continental European, legal tradition).

Keywords: economic analysis of law, efficiency, morality, technocracy, market

Krzysztof Koźmiński, Univeristy of Warsaw, Faculty of Law and Administration, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00–927 Warszawa, Poland, e-mail: k.kozminski@wpia.uw.edu.pl.

PROBLEM ZADOŚCUCZYNIENIA ZA KRZYWDĘ OSOBOM NIEZDOLNYM DO JEJ ODCZUWANIA

1. Wprowadzenie

Obowiązujące przepisy prawa stwarzają szerokie możliwości uzyskania zadośćuczynienia pieniężnego. Zawsze jest to jednak zadośćuczynienie za doznaną krzywdę¹. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), pokrzywdzony musi udowodnić zaistnienie szkody niemajątkowej, a także wykazać jej rozmiar. Przez lata w orzecznictwie wypracowano bowiem zasadę, wedle której o wysokości zadośćuczynienia decyduje wielkość krzywdy². Nie może być inaczej, skoro celem zadośćuczynienia jest naprawienie poniesionej szkody niemajątkowej³. Stanowi ono jej „przybliżony ekwiwalent”⁴ i powinno „zniwelować ze swej natury niewymierne pieniądze negatywne odczucia osoby, której prawa lub dobra zostały naruszone”⁵.

W praktyce sądowej wskazuje się przeważnie, że przez krzywdę należy rozumieć „ból i cierpienia psychiczne”⁶. Ta definicja wyodrębnia dwie

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: dominikapiasecka44@gmail.com.

¹ Por. brzmienie artykułów, w których mowa o zadośćuczynieniu za krzywdę: art. 417², art. 445 § 1, art. 448 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380); art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.); art. 4 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2016 r. poz. 186).

² Por. wyrok SN z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 389/10 (Lex nr 848122); wyrok SN z dnia 14 lutego 2008 r., II CSK 536/07 (Lex nr 461725); wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2002 r., II CKN 605/00 (Lex nr 484718); wyrok SN z dnia 3 lutego 2000 r., I CKN 969/98 (Lex nr 50824).

³ Pomimo nielicznych głosów postulujących istnienie pomiędzy pojęciami „krzywda” i „szkoda niemajątkowa” relacji innej niż równoważności – por. w szczególności: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 211–215 – pojęcia te w tym artykule będą stosowane zamiennie.

⁴ Wyrok SN z dnia 9 listopada 2007 r., V CSK 245/07 (Lex nr 369691).

⁵ B. Janiszewska, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową w sprawach medycznych*, PiM 2005, nr 2, s. 97–98.

⁶ Wyrok SN z dnia 18 grudnia 1975 r., I CR 862/75 (Lex nr 7781); wyrok SN z dnia 14 grudnia 2010 r., I PK 95/10 (Lex nr 1120323); wyrok SN z dnia 28 czerwca 2005 r., I CK 7/05 (Lex nr 1614861); wyrok SA w Lublinie z dnia 21 lutego 2006 r., I ACa 69/06 (Legalis nr 89170).

postacie krzywdy. Ból powstaje w wyniku uszkodzenia układu nerwowego lub pobudzenia znajdujących się w różnych miejscach ciała receptorów bólowych⁷. W te struktury anatomiczne są wyposażone nawet prymitywne zwierzęta. Mimo iż dotąd nie do końca zbadany i subiektywny, ból może być stwierdzony na podstawie reakcji ciała, doświadczenia życiowego oraz wiedzy medycznej⁸.

Inaczej rzecz się ma w przypadku drugiej postaci krzywdy, czyli cierpień psychicznych. W pełnym i znanym nam wymiarze są je w stanie odczuwać tylko osoby o ukształtowanej i zdrowej psychice. Osoby upośledzone psychicznie w stopniu znacznym nie są w stanie pojąć i emocjonalnie przetworzyć wagi niewiążącego się z dolegliwościami fizycznymi zła, które im wyrządzono. To jednak psychiczna strona krzywdy jest uważana za jej istotę, a krzywda bywa do niej sprowadzana⁹. Twierdzi się, że krzywda polega na negatywnych przeżyciach poszkodowanego, pojawiających się w konsekwencji „cierpienia psychicznego, fizycznego lub moralnego”¹⁰. Zaznacza się także, że różnorodne czynniki zwiększają rozmiar krzywdy w tej mierze, w jakiej wpływają na pogłębienie poczucia pokrzywdzenia¹¹.

Mimo iż nakreślone powyżej założenia wydają się powszechnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie, praktyka stosowania prawa wygląda nieco inaczej. Zasądzane są zadośćuczynienia za krzywdę osobom, które nie są zdolne do jej odczuwania i nie budzi to rozterek wśród teoretyków prawa ani poważniejszych rozbieżności w orzecznictwie¹². Takie postępowanie jest uzasadniane na trzy różne sposoby, które zostaną omówione w kolejnych

⁷ J. Dobrogowski, J. Wordliczek, *Leczenie bólu*, Warszawa 2007, s. 12.

⁸ Tamże, s. 171–174 i s. 209.

⁹ Por. orzeczenie SN z dnia 16 listopada 1937 r., I C 2955/36 (OSNC 1938, nr 9, poz. 393); J. Matys, *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w Kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010, s. 200; I. Dyka, *Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego*, KPP 2001, z. 3, s. 612.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Por. wyrok SN z dnia 10 października 1967 r., I CR 224/67 (Lex nr 680); uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 8 grudnia 1973 r., III CZP 37/73 (Lex nr 1696).

¹² M.in. wyrok SN z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 389/10 (Lex nr 848122); wyrok SA w Lublinie z dnia 21 lutego 2006 r., I Aca 69/06 (Legalis nr 89170); wyrok SA w Lublinie z dnia 10 listopada 2009 r., I Aca 523/09 (Lex 1163111); wyrok SA w Lublinie z dnia 10 stycznia 2002 r., I Aca 576/01 (Lex nr 74359).

podtytułach. W dwóch następnych zostanie zaproponowana nowa odpowiedź na pytanie, czy osoby niezdolne do odczuwania krzywdy (w jej klasycznym rozumieniu) są uprawnione do zadośćuczynienia. Uzasadnienie tej odpowiedzi będzie oparte na filozoficznej teorii krzywdy R. Pilata.

Do snucia rozważań upoważniają, zarysowane powyżej, pewne niespójności i sprzeczności pomiędzy przyjętymi podstawami teoretycznymi a praktyką wynagradzania szkody niemajątkowej¹³.

Na wstępie należy zaznaczyć, że w artykule celowo nie podjęto zagadnienia zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osób prawnych. Przepisy Kodeksu cywilnego (art. 448 w zw. z art. 43 k.c.) są przez niektórych interpretowane w sposób, który daje podstawy do twierdzenia, że osoby prawne także ponoszą krzywdę¹⁴. Do pominięcia osób prawnych upoważnia jednak sama norma z art. 43 k.c. Nakaz odpowiedniego stosowania przepisów o ochronie dóbr osobistych do osób prawnych każe przyjąć, że kodeksowe określenie „krzywda” oznacza tylko krzywdę osoby fizycznej, chociaż art. 448 k.c. stosuje się odpowiednio także w przypadku osób prawnych.

Z pewnością już samo podnoszenie zarzutu nieodczuwania (nieodczuwania w pełni) krzywdy oraz badanie tej kwestii przez sąd może się zdawać w jakimś sensie nie na miejscu i wzbudzać moralny dyskomfort. Możliwe, że te intuicje etyczne należy poprzeć. W tym przypadku konkluzją rozważań nie powinno być stwierdzenie, że na obecnym etapie rozwoju prawa nie powinno się przyznawać zadośćuczynień osobom, które mają ograniczone doznania psychiczne, lecz uściślenie czym są krzywda, jej rozmiar i funkcje.

2. Krzywda jako naruszenie dobra prawnie chronionego

Czynnikami wpływającymi na zwiększenie rozmiaru krzywdy są m.in.: intencje sprawcy, uprzednie relacje pomiędzy nim a pokrzywdzonym, nieodwracalność następstw, zachowanie sprawcy po wyrządzeniu szkody,

¹³ Dostrzegal je między innymi A. Szpunar, wyjaśnienie podane przez tego autora zostanie omówione w dalszej części pracy – por. A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 71.

¹⁴ Por. M. Safjan, *Ochrona majątkowa dóbr osobistych po zmianie kodeksu cywilnego*, PPH 1997, nr 1, s. 10 i 13–14.

natężenie jego winy¹⁵. Podkreśla się, że każdą sprawę należy oceniać w sposób maksymalnie zindywidualizowany i uwzględniać te czynniki, o ile wpływają na zwiększenie poczucia krzywdy u poszkodowanego¹⁶. Odpowiednio krzywda, a zatem też zadośćuczynienie osoby niebędącej w stanie pojąć np. zachowania sprawcy, powinny być mniejsze.

Takiej zależności nie widać jednak w kwotach przyznawanych zadośćuczynień. Analizując wyroki sądów, B. Janiszewska doszła do wniosku, że w sprawach, w których powodowie dochodzili naprawienia szkody niemajątkowej powstałej przez zakażenie żółtaczką, kwoty zasądzone na rzecz dzieci były o wiele wyższe niż zasądzone na rzecz osób dorosłych¹⁷. Wysokie są też kwoty zadośćuczynień zasądzonych na rzecz osób, które w wyniku deliktu zostały trwale pozbawione świadomości i możliwości odczuwania.

Nawet okoliczność, że wszystkie szkody powstały zanim osoba przyszła na świat i nie zdołała zaznać innego życia, nie obniżają, lecz podnoszą zasądzone sumy. W takich wypadkach to raczej osoby z otoczenia pokrzywdzonego będą zdawały sobie sprawę z istnienia tego, co nazywamy jego krzywdą w najpowszechniejszym rozumieniu. Wchodząc w jego rolę będą mogły żałować nieprzeżytego w pełni życia, braku logicznego kontaktu z najbliższymi, upokorzenia. Nie za ich cierpienia psychiczne dochodzi wszakże naprawienia szkody pokrzywdzony¹⁸. Pełne wyjaśnienie problemu daje ujęcie szkody niemajątkowej nie jako ujemnych skutków naruszenia dobra, jak to przedstawiano powyżej, lecz jako samego tego naruszenia¹⁹. Wedle tej koncepcji szkodą jest samo

¹⁵ Por. wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2002 r., II CKN 605/00, (Lex nr 484718); wyrok SN z dnia 9 listopada 2007 r., V CSK 245/07 (Biul. SN 2008, nr 4, poz. 11); wyrok SN z dnia 14 lutego 2008 r., II CSK 536/07 (Lex nr 461725); wyrok SN z dnia 5 marca 2010 r., IV CSK 340/09 (Lex nr 852529); wyrok SA w Lublinie z dnia 10 stycznia 2002 r., I Aca 576/01 (Lex nr 74359); wyrok SN z dnia 9 stycznia 1978 r., IV CR 510/77 (OSNCP 1978, nr 11, poz. 210); wyrok SA w Krakowie z dnia 9 marca 2001 r., ACa 124/01 (PS 2002, nr 10, s. 130).

¹⁶ Por. wyrok SN z dnia 10 października 1967 r., I CR 224/67 (Lex nr 680); uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 8 grudnia 1973 r., III CZP 37/73 (Lex nr 1696).

¹⁷ B. Janiszewska, *Zadośćuczynienie...*, s. 105–106.

¹⁸ Por. wyrok SN z dnia 8 stycznia 1965 r., II CR 2/65 (Lex nr 4573).

¹⁹ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 227–233; opis rozróżnienia w odniesieniu do naruszenia posiadania: T. Dybowski, *Odszkodowanie za naruszenie posiadania*, NP 1973, nr 1, s. 4 i 10.

„wkroczenie w sferę” dóbr przynależnych pokrzywdzonemu²⁰. Skutki tego naruszenia są zaś potrzebne, aby wyznaczyć rozmiar szkody. Wyrządzenie krzywdy jest równoznaczne ze stwierdzeniem naruszenia dobra.

Przeciwno rozumieniu szkody jako naruszenia podano wiele argumentów. Zgodzić się trzeba m.in. z M. Kalińskim, iż twierdzenie, że jakiś stan rzeczy stanowi naruszenie dobra chronionego prawem i przez to powinien być traktowany jako szkoda, przyjmuje dowodzoną tezę za przesłankę rozumowania²¹. W tej koncepcji wynik naruszenia dóbr został zrównany z samym naruszeniem. Poza tym istnieje wiele naruszeń dóbr prawnie chronionych, które nie niosą z sobą żadnych uszczerbków. Wedle koncepcji krzywdy jako naruszenia one także stanowiłyby szkodę. Tymczasem ten, komu przysługuje jakieś dobro, może w wielu przypadkach wyrazić zgodę na jego naruszenie. Zwykle godzi się on właśnie dlatego, że skutki takiego naruszenia nie stanowią krzywdy.

3. Obiektywny charakter dóbr osobistych

W ramach drugiego wyjaśnienia krzywdę określa się jako niedający się wyrazić w pieniądzu uszczerbek spowodowany naruszeniem dobra osobistego²².

Dobra osobiste są ściśle związane z konkretną jednostką, wraz z nią powstają i gasną²³. Nie mają jednak charakteru subiektywnego, ponieważ stanowią je jedynie wartości powszechnie przypisywane osobie ludzkiej²⁴. Z tego twierdzenia wynikają wytyczne oceny konkretnego stanu rzeczy pod kątem jego przynależności do zbioru, którego stałe elementy wymienia art. 23 k.c. O tym, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z dobrem osobistym, rozstrzygają „panujące w danym społeczeństwie

²⁰ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 227.

²¹ Tamże, s. 227.

²² A. Szpunar, *Zadośćuczynienie...*, s. 68; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 227; wyrok SN z dnia 24 września 2008 r., II CSK 126/08 (OSN-ZD 2009, nr 2, poz. 59).

²³ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 157; A. Szpunar, *Zadośćuczynienie...*, s. 86.

²⁴ A. Szpunar, *Zadośćuczynienie...*, s. 86 i 88–89; J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 23.

zapatrywania prawne, moralne i obyczajowe²⁵. Stąd dobra osobiste mają w dużej mierze obiektywny charakter, powstają i zanikają wraz z rozwojem społecznym.

Według koncepcji obecnie dominującej dobra osobiste kreują skuteczne *erga omnes* ściśle im odpowiadające prawa podmiotowe²⁶. Dzięki przyjęciu konstrukcji praw podmiotowych, każdemu dobru osobistemu towarzyszy obowiązek niewkraczania w sferę przez nie chronioną. O tym, czy takie naruszenie miało miejsce decyduje także rzeczowa ocena danych okoliczności, odnosząca się na przykład do poglądów rozsądnych ludzi czy opinii społecznej²⁷. Szkoda niemajątkowa w tej koncepcji zwykle pozostaje wciąż skutkiem naruszenia, ale dzięki temu, że wiąże się zawsze z naruszeniem określonego dobra osobistego zyskuje częściowo obiektywny charakter²⁸. Dzięki obiektywnemu ujęciu dóbr osobistych ochrona przysługuje także osobom, które nie mogą zrozumieć znaczenia działania naruszającego. I to w razie naruszenia każdego dobra osobistego, nie tylko zdrowia i życia²⁹.

W tym nurcie należy umieścić uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego dnia 24 marca 2011 r., którym utrzymano rekordowe zadośćuczynienie w kwocie miliona złotych dla osoby niezdolnej do odczuwania cierpień psychicznych. Stwierdzono, że „zasada umiarkowanej wysokości zadośćuczynienia nie może zaś oznaczać przyzwolenia na lekceważenie takich bezcennych wartości, jak zdrowie czy integralność cielesna, a okoliczności wpływające na określenie tej wysokości, jak i kryteria ich oceny muszą być zawsze rozważane indywidualnie w związku z konkretną osobą poszkodowanego i sytuacją życiową, w której się znalazł”³⁰.

Sąd uznał, że w tym przypadku krzywdę stanowi pewna konkretna, dająca się obiektywnie ocenić jako niekorzystna, sytuacja życiowa powoda, w której znalazł się w wyniku naruszenia jego dóbr – zdrowia,

²⁵ A. Szpunar, *Zadośćuczynienie...*, s. 89.

²⁶ Tamże, s. 86 i 92.

²⁷ Tamże, s. 91.

²⁸ Tamże, s. 71.

²⁹ Tamże, s. 91.

³⁰ Wyrok SN z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 389/10 (Lex nr 848122).

życia i integralności cielesnej. Tym samym odstąpiono od klasycznego rozumienia krzywdy jako „bólu i cierpienia psychicznego”.

Podobny tok rozumowania można odnaleźć w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie³¹, w którym stwierdzono odpowiedzialność szpitala za ogromne upośledzenie dziecka podczas porodu. Sąd podkreślił, że o rozmiarze krzywdy decydują: „pozbawienie szans na zwykły rozwój i życie, nieodwracalność następstw zdarzenia i brak szans na istotną poprawę stanu zdrowia oraz skazanie na stałą pomoc i opiekę”³². Rozwój fizyczny oraz samodzielność życiową można uznać za dobra ściśle związane z naturą i godnością człowieka. Mają one uznaną wartość, wykraczającą poza dobre samopoczucie jednostki. Ich pozbawienie stanowi krzywdę osoby, nawet jeżeli dla niej samej i w stanie, w którym się ona znajduje, nie mają żadnej wagi.

Mimo tego, rozumienie krzywdy jako tylko takiego uszczerbku, który jest konsekwencją naruszenia dóbr osobistych, nie stanowi właściwej kanwy dla rozwiązania problemu zadośćuczynienia za krzywdę osobom niezdolnym do jej odczuwania. Koncepcja ta wydaje się być oparta o analizę jedynie kodeksowych podstaw naprawienia szkody niemajątkowej³³. Tymczasem sąd nie zawsze musi stwierdzić naruszenie dobra osobistego, by przyznać zadośćuczynienie³⁴. Trudno mówić o naruszeniu dobra osobistego chociażby w przypadku zadośćuczynienia za zmarnowany urlop³⁵, czy za niezachowanie przejrzystości procedury ustalającej kolejność dostępu do świadczeń zdrowotnych³⁶. Dobrem osobistym jest tylko „wartość immanentnie złączona z istotą człowieczeństwa oraz naturą człowieka, niezależna od jego woli, stała, dająca się skonkretyzować

³¹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 21 lutego 2006 r., I ACa 69/06 (Legalis nr 89170).

³² Tamże.

³³ W art. 448 k.c. wprost jest mowa o naruszeniu dóbr osobistych, art. 445 k.c. natomiast chroni dobra osobiste, takie jak życie zdrowie i wolność.

³⁴ J. Matys, *Model...*, s. 199.

³⁵ Por. uchwała SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10 (OSNC 2011, nr 4, poz. 41); orzeczenie TS z 12.03.2002 r., C-168/00, *Simone Leitner przeciwko TUI Deutschland GmbH & Co. KG* (CURIA).

³⁶ Art. 6 ust. 2 w zw. z art. 4 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2016 r. poz. 186).

i zobiektywizować³⁷. Na tle takiego pojmowania dóbr osobistych nie da się skonstruować dobra osobistego, którego treścią byłby np. niezakłócony wypoczynek. Przy zmarnowanym urlopie mamy do czynienia po prostu z interesem niemajątkowym wierzyciela, który został wykreowany i zabezpieczony przez umowę³⁸.

Nie ma przy tym powodów by sądzić, że zadośćuczynienie w tych wypadkach byłoby przyznawane za inne uszczerbki niemajątkowe niebędące krzywdą. Należy opowiedzieć się za kryterium wyróżnienia krzywdy jako mającym charakter materialny – ze względu na naturę objętych nią uszczerbków, nie formalny – ze względu na normatywną klasyfikację dobra, którego naruszenie stanowiło jej przyczynę.

4. Waga represyjnej funkcji zadośćuczynienia

Plaszczyzna problemu zadośćuczynienia za krzywdę osobom niezdolnym do jej odczuwania rozpościera się pomiędzy kompensacyjną funkcją zadośćuczynienia a opierającym się o psychiczną sferę jednostki charakterem szkody. Z powodów takich, jak wiek czy stan zdrowia, pokrzywdzony może być niezdolny do odczucia nie tylko krzywdy, ale także pozytywnych skutków, które ma przynieść zadośćuczynienie.

Kolejne uzasadnienie przyznawania takim osobom zadośćuczynień nie ogniskuje się wokół definicji krzywdy, lecz skupia się na funkcji zadośćuczynienia. Kładzie się nacisk na istnienie, obok kompensacyjnej (naprawienia czy też złagodzenia krzywdy), innych realizowanych przez zadośćuczynienie funkcji.

Na tytułowy problem można bowiem też spojrzeć z drugiej strony. Przyjęcie funkcji kompensacyjnej, przy jednoczesnym rozumieniu krzywdy jako uszczerbków w sferze psychicznej jednostki prowadzi do poważnej teoretycznej niespójności. Zadośćuczynienie ma naprawić szkodę niemajątkową wyrządzoną czynem niedozwolonym. Ponieważ szkoda ta ma zachodzić w psychicznej sferze człowieka, jej kompensacja musi polegać na pozytywnym oddziaływaniu na psychikę. Według

³⁷ Uchwała SN z dnia 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10 (OSNC 2011, nr 4, poz. 41).

³⁸ M. Wilczyńska, *Przyznanie zadośćuczynienia w ramach reżimu kontraktowego – wnioski de lege lata i de lege ferenda* [w:] P. Stec, M. Załucki, *Wokół rekodyfikacji prawa cywilnego. Prace jubileuszowe*, Kraków 2015, s. 326.

przedstawiciele doktryny, pieniężna rekompensata powinna dać pokrzywdzonemu „satisfakcję płynącą z możliwości dysponowania środkami pieniężnymi” albo wsparcia popieranego przez niego celu (w przypadku wyboru zasądzenia sumy na cel społeczny)³⁹. Oczywiście osiągnięcie takich celów jest w przypadku osób niemających ukształtowanej psychiki niemożliwe.

Częste jest więc powoływanie się na pełnienie przez zadośćuczynienie funkcji prewencyjno-wychowawczej⁴⁰. Prewencja i wychowanie mają szansę zaistnieć, jeżeli wiadomości o zasądzanych kwotach rozprze-strzeniają się w społeczeństwie. W szczególności, jeżeli są one wysokie, zniechęcają do łamania reguł i przeciwdziałają lekkomyślności. Choć opisanie skutki społeczne zadośćuczynienia są prawdopodobne, to niemożliwe do potwierdzenia. Nie da się rozstrzygnąć, czy ktoś postąpił poprawnie z obawy przed odpowiedzialnością, czy ze względu na inne wewnętrzne przekonania.

Najczęściej przywoływaną funkcją zadośćuczynienia jest funkcja represyjna⁴¹. Represja przejawia się w dotkliwosti zadośćuczynienia dla sprawcy. Ma ono stanowić „karę cywilną” za czyn niedozwolony, którego się dopuścił⁴². Jeżeli przyjmuje się istnienie funkcji represyjnej, można podkreślać jej wagę w sytuacji naruszenia praw osoby, która nie jest w stanie odczuć wyrządzonej krzywdy. Skoro konieczne jest ukaranie sprawcy (odpowiedzialnego za naprawienie) szkody przez pozbawienie go środków finansowych, błędnie znaczenie czynników znajdujących się po stronie pokrzywdzonego. Następuje przeniesienie środka ciężkości z odczuć poszkodowanego ku wymierzeniu sprawiedliwości.

³⁹ A. Mączyński, *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę spowodowaną naruszeniem dobra osobistego. Geneza, charakterystyka i ocena obowiązującej regulacji* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Zakamycze 2004, s. 244.

⁴⁰ Por. wyrok SN z dnia 17 lutego 1958 r., III CR 1010/57 (OSNCK 1958, nr 3, poz.63); wyrok SA w Krakowie z dnia 5 listopada 2002 r., I Aca 869/029 (Lex nr 82158).

⁴¹ Por. M. Nesterowicz, *Głosa do wyroku SN z dn. 24 marca 2011, I CSK 389/10* [w:] M. Nesterowicz, *Pravo medyczne. Komentarze i głosa do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012, s. 328–329.

⁴² A. Szpunar, *Zadośćuczynienie...*, s. 78.

Strategię taką zastosowano w sprawie toczonyj przed Sądem Apela-cyjnym w Lublinie i zakończonyj wyrokiem z dnia 10 stycznia 2002 r.⁴³ W wyniku nieprzeprowadzenia bezwzględnie koniecznego cesarskiego cięcia powód doznał ciężkiej postaci encefalopatii niedotlenieniowo-nie-dokrwiennej, której następstwem było mózgowe porażenie dziecięce. Dwuletni chłopiec nie wykonywał prawie żadnych ruchów, leżał cały czas na plecach w przekrzywionej pozycji z podkurzonymi kończynami, rozróżniał jedynie jasność i ciemność, cierpiał na padaczkę. Reagował wprawdzie na intonację głosu i dotyk, ale jego mózg był uszkodzony w stopniu nie dającym nadziei na poprawę funkcji psychicznych, w tym rozróżniania mowy. Wedle opinii biegłych nie było szans na poprawę. Sąd podkreślił, że w okolicznościach sprawy koniecznym jest zaakcentowanie funkcji represyjnej „poprzez jej wpływ na wysokość odszkodowania”, z tej racji, że kalectwo powoda zostało spowodowane „przez lekceważenie podstawowych obowiązków i przeciętnej staranności przy świadczeniu usług medycznych”⁴⁴.

Jednak podnoszenie wagi funkcji represyjnej w prawie cywilnym, chociaż czynione nagminnie, powinno zdać się osobliwe. Rolą cywilnej gałęzi prawa jest porządkowanie stosunków pomiędzy jednostkami w sprawiedliwy sposób. W przypadku odpowiedzialności cywilnej jest to sprawiedliwość wyrównawcza⁴⁵. Odszkodowanie (zadośćuczynienie) nie jest „karą cywilną”; świadczy o tym chociażby rozwinięcie się odpowiedzialności niezależnej od winy. Brak jest podstaw by twierdzić, że prawo cywilne ma jakkolwiek karać sprawcę szkody. W przypadku szkody niemajątkowej nie o karanie chodzi, lecz o wyrównanie uszczerbku i zapewnienie

⁴³ Wyrok SA w Lublinie z dnia 10 stycznia 2002 r., I Aca 576/01 (Lex nr 74359).

⁴⁴ Tamże.

⁴⁵ „Idealem sprawiedliwości wyrównawczej jest przywrócenie statusu *quo ante* przed dobrowolną wymianą lub przed wyrządzoną bezprawnie krzywdą” – W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1988, s. 70. Zestawienie z tą treściwą definicją brzmienia art. 471, art. 415 czy art. 448 k.c. prowadzi do wniosku, że w tym przypadku właśnie o sprawiedliwość wyrównawczą chodziło „ustawodawcy”. Świadczy o tym już samo użycie zwrotów „naprawienie szkody”, czy „środki potrzebne do usunięcia skutków naruszenia”. Nacisk został tu położony na szkodę, nie osobę sprawcy, a celem jest przede wszystkim (zaś jeżeli odczytywać przepisy literalnie – wyłącznie) wyeliminowanie niekorzystnych dla pokrzywdzonego zmian w rzeczywistości, które powstały w wyniku deliktu.

poszkodowanemu ulgi, poprawy życia, satysfakcji⁴⁶. Represją, także majątkową, zajmuje się prawo karne.

Oczywiście, nakaz wyrównania szkody może być dla zobowiązanego bardzo dotkliwy, podobnie jak dla sprawcy proces sądowy. Dotkliwe bywają też jednak np. podatki i opłaty na rzecz administracji, a nie uważa się ich za „kary publiczne”. Granica roszczeń o naprawienie szkody niemajątkowej powinna być każdorazowo wyznaczana przez rozmiar krzywdy. Natomiast w każdej sprawie, w której sąd widzi potrzebę represji, powinien zaangażować środki prawnokarne⁴⁷.

Mówienie o spełnianiu roli represyjnej, a także wychowawczej, jest niepoprawne również z tego względu, że ogromna większość zadośćuczynień nie jest wypłacana przez sprawców krzywd z ich własnych portfeli, a ze środków ubezpieczycieli⁴⁸.

Intuicyjnie można stwierdzić natomiast, iż nie jest właściwe powiedzenie o osobie, której odebrano możliwość „normalnego” funkcjonowania, że nie jest pokrzywdzona. „Przede wszystkim na wysokość zadośćuczynienia nie może mieć wpływu fakt, że małoletni powód jest w istocie pozbawiony możliwości odczuwania swego kalectwa, gdyż także krzywda polegająca na pozbawieniu możliwości takiego odczuwania powinna być zrekompensowana zadośćuczynieniem” – stwierdził Sąd Apelacyjny w Lublinie zasądzając 200 tysięcy złotych we wspomnianej powyżej sprawie⁴⁹. Jest to rozstrzygnięcie słuszne. Niemniej jednak, pierwszym wynikiem przemyślenia kwestii nie powinno być podniesienie wagi represji w prawie cywilnym, ale konstatacja nieprawidłowości takiego ujmowania krzywdy, które sprowadza ją tylko i wyłącznie do przeżyć psychicznych. Warto byłoby także dostrzec potrzebę przynajmniej częściowego odseparowania pojęcia krzywdy od osoby poszkodowanego.

⁴⁶ Por. wyrok SN z dnia 3 lutego 2000 r., I CKN 969/98 (Lex nr 50824), w którym wprost stwierdzono: „(...) nie ma żadnych podstaw, aby zadośćuczynienie traktować jako wyraz kary cywilnej. Zadośćuczynienie nie jest karą, lecz sposobem naprawienia krzywdy”.

⁴⁷ Całkowite odrzucenie w prawie polskim „teorii kary prywatnej” postuluje A. Szpunar w pracy *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 79.

⁴⁸ Tamże, s. 79.

⁴⁹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 10 stycznia 2002 r., I Aca 576/01 (Lex nr 74359).

5. Krzywda jako relacja pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą

Wszystkie trzy koncepcje są interesujące i mają sporą wartość eksplikacyjną. Uzasadnienia przez nie proponowane nie mogą jednak satysfakcjonować. Ujęcie krzywdy jako samego naruszenia dobra prawnie chronionego jest nadmiernym teoretyzowaniem i kłóci się ze zdrowym rozsądkiem. Położenie nacisku na obiektywne funkcjonowanie przynależnych każdej jednostce i ściśle z nią związanych dóbr osobistych wyrzuca poza pojęcie krzywdy wiele stanów rzeczy, które krzywdą nazywa sama ustawa. Podnoszenie istnienia funkcji represyjnej w prawie cywilnym wydaje się nie przystawać do jego charakteru.

Proponuję rozważyć zastosowanie na potrzeby odpowiedzialności cywilnej nowej, szerszej definicji krzywdy. Będzie ona lepiej wyjaśniała, czym jest krzywda oraz dlaczego poczucie krzywdy nie jest warunkiem koniecznym przyznania zadośćuczynienia. Jest to definicja zaczerpnięta od filozofa R. Pilata, z niejednokrotnie powoływanej w pracach prawników rozprawy pod tytułem „Krzywda i zadośćuczynienie”.

Według R. Pilata w najogólniejszej postaci przez krzywdę rozumie się „zło wyrządzone przez człowieka drugiemu człowiekowi” z zastrzeżeniem, że nie są nią ani przypadkowe szkody, ani uszczerbki wyrządzone w samoobronie czy dla ratowania wyższego dobra⁵⁰. Natomiast w swej istocie krzywda jest relacją pokrzywdzonego ze sprawcą. Ta relacja powstaje w momencie użycia przez sprawcę przemocy, przy czym przemoc jest u Pilata rozumiana jako skorzystanie z faktycznej przewagi jaką jeden człowiek ma nad drugim człowiekiem w sposób zmierzający „do zredukowania jego człowieczeństwa do tych tylko elementów, które przemocy podlegają”⁵¹. Na przykład lekarz ma przewagę nad pacjentem polegającą na dostępie do jego ciała, możliwości ordynowania mu medycznych specyfików, zastosowania danej metody itp. Dziennikarz ma przewagę nad opisywaną przez siebie osobą, ponieważ może, ostatecznie bez jej kontroli, opublikować artykuł na jej temat. Jeżeli lekarz uszkodzi ciało pacjenta przez niezachowanie ostrożności albo dziennikarz opubli-

⁵⁰ R. Pilat, *Krzywda i zadośćuczynienie*, Warszawa 2003, s. 15–16.

⁵¹ Tamże, s. 27–28.

kuje artykuł szkalujący kogoś, to będzie to skorzystanie z przemocy zapoczątkowujące relację krzywdy.

Krzywdą ma niejednorodną naturę, składa się na nią przede wszystkim szkoda, będąca materialnym (np. uszkodzenie ciała) albo psychicznym (np. upokorzenie) uszczerbkiem. Szkoda nie wyczerpuje jednak „treści krzywdy”, którą współtworzy szereg wewnętrznych i zewnętrznych warunków, jak np. intencje, uczucia, uprzednie relacje pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym⁵². Wchodzi one w skład krzywdy jako one same, a nie jako ich reperkusje w psychicznej sferze pokrzywdzonego. Krzywdę współtworzą także czynniki zupełnie niezależne od krzywdziciela (np. wynikające z wysokiej wrażliwości pokrzywdzonego), za które odpowiada on z tego względu, że doprowadził do powstania relacji krzywdy. Istotne z prawniczego punktu widzenia jest także stwierdzenie Pilata co do efektów, jakie wywiera krzywda. Zdaniem filozofa są one trwałe i nie dadzą się sprowadzić do szkód fizycznych i odczuć psychicznych: skutkiem krzywdy jest naruszenie godności człowieka jako człowieka⁵³.

R. Pilat jako etyk naturalnie krytycznie wypowiada się co do możliwości jakiegokolwiek naprawienia krzywdy i rozwiązania poszukuje w całkowitym przebaczeniu (wtedy dopiero relacja krzywdy zostaje zerwana i przestaje istnieć). W tej części jego filozoficzna teoria nie jest możliwa do zaaplikowania w doktrynie prawa⁵⁴.

Jego rozważania co do samej istoty krzywdy są jednak bardzo dla prawników przydatne. Trudno oprzeć się wrażeniu, że „krzywda jako relacja” czerpie po trochu z każdej z koncepcji prezentowanych w orzecznictwie, któremu przychodzi się mierzyć z roszczeniami o zadośćuczynienia dochodzonymi w imieniu osób niemających świadomości swego pokrzywdzenia. Rozwiązuje dylemat, który można zatytułować „krzywda jako naruszenie czy jako skutek naruszenia”⁵⁵. Według R. Pilata sama relacja krzywdy powstaje przez następujące w określonych warunkach

⁵² Tamże, s. 17 i 20.

⁵³ Tamże, s. 197.

⁵⁴ Chociaż nawet przedstawiciele doktryny prawa podnoszą, że przebaczenie przez poszkodowanego sprawia, iż krzywda przestaje istnieć, a zadośćuczynienie nie powinno być przyznane – por. I. Dyka, *Zasady...*, s. 624.

⁵⁵ Poruszony w podtytule 2.

skorzystanie z przemocy, które zwykle wiąże się z naruszeniem dóbr prawnie chronionych. Naruszenie jednak przede wszystkim zawsze wchodzi w skład krzywdy jako jeden z jej elementów. Teoria krzywdy jako relacji pozwala uwzględnić np. zachowanie sprawcy i stopień jego winy bez odwoływania się zarówno do psychiki pokrzywdzonego, jak i potrzeby napiętnowania zachowań sprawcy. Daje możliwość zachowania funkcji kompensacyjnej jako funkcji zadośćuczynienia, a przy tym włączyć pewien element obiektywnych wartości, jak godność osoby ludzkiej. Funkcjonuje także niezależnie od zasady odpowiedzialności. Taki sam jest schemat powstawania relacji krzywdy zarówno w przypadku odpowiedzialność na zasadzie winy, jak i słuszności czy ryzyka.

6. Rozwiązanie problemu zadośćuczynienia za krzywdę osobom niezdolnym do jej odczuwania

Zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę, rozumianą jako ból i cierpienia fizyczne, choć sprawdza się w większości przypadków, zawodzi w niewielkim odsetku trudnych spraw. Sąd drugiej instancji w sprawie rozpoznawanej ostatecznie przed Sądem Najwyższym, zmniejszając kilkukrotnie zadośćuczynienie stwierdził: „Ponieważ po pewnym czasie dziecko zaczęło reagować na bodźce bólowe, to należy uznać, że odczuwało cierpienia fizyczne, nie odczuwało jednak cierpienia psychicznych, związanych z odczuciem wyrządzonej mu krzywdy. Podstawą ustalenia wysokości zadośćuczynienia nie może być to, co Kamil B. utracił umierając, a więc nieprzeżyte życie i to, co ono mogło i powinno było mu przynieść”⁵⁶. W stanie faktycznym cytowanego orzeczenia małoletni powód przez 14 miesięcy żył „na granicy śmierci”, właściwie bez możliwości odbioru bodźców ze świata zewnętrznego. Trudno odmówić sądowi drugiej instancji znajomości zagadnienia odpowiedzialności za krzywdę. Zastosował on w praktyce pogląd o ujemnych przeżyciach psychicznych jako elemencie koniecznym szkody niemajątkowej.

Trzeba jasno powiedzieć, że dominująca obecnie definicja krzywdy jest niepoprawna. Nieodpowiednie jest także traktowanie krzywdy, na wzór szkody majątkowej, jako wyrwy w psychice poszkodowanego.

⁵⁶ Wyrok SN z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 389/10 (Lex nr 848122).

Przypadek osób niezdolnych do odczuwania pokazuje, że porównanie takie może prowadzić do niesłusznych rozstrzygnięć.

Bazując na tym, co zostało powiedziane o filozoficznej teorii krzywdy R. Pilata, należy twierdząco odpowiedzieć na pytanie, czy osobom nieposiadającym rozwiniętej psychiki należy się zadośćuczynienie za krzywdę – nawet jeżeli pokrzywdzony, tak jak Kamil B., nie zaznał ani przez moment życia z pełnią świadomości. Jego przykład może posłużyć do przedstawienia procesu ustalania, że zaistniała krzywda.

Relację krzywdy zapoczątkowuje skorzystanie z przemocy. Owa przemoc ma polegać na wykorzystaniu faktycznej przewagi posiadanej nad drugą stroną. Kamil B. był całkowicie oddany w ręce personelu medycznego przeprowadzającego poród i faktycznie zależny od jego działań. Personel posiadał więc faktyczną przewagę nad Kamilem B. i wykorzystywał ją, podejmując działania. Z krzywdą mamy do czynienia jednakże tylko, jeżeli to wykorzystanie odbyło się w sposób prowadzący do zredukowania człowieczeństwa podlegającego przemocy do tych tylko elementów, które przemocy podlegają. Nie zostałyby zapoczątkowana zatem, gdyby poród został przeprowadzony w sposób, który umożliwiłby Kamilowi B. zwyczajny rozwój osobowy i normalne życie. Wtedy można by powiedzieć, że personel skorzystał z przemocy w celu uwzględniającym człowieczeństwo rodzącego się, mając na uwadze jego ludzki potencjał i godność. W tym wypadku jednak człowieczeństwo zostało zredukowane do ciała, a powód został potraktowany w sposób nieostrożny, niezgodny z wiedzą i zasadami, które sprawcy znali. Jego godność jako człowieka została przez to postępowanie naruszona. Pomiędzy sprawcami a pokrzywdzonym powstała więc relacja krzywdy.

Naruszenie zasad ostrożności samo w sobie jest jednym z elementów krzywdy. W jej skład wchodzi też materialne komponenty: różnego rodzaju uszkodzenia ciała, ich skutki (np. unieruchomienie, stała pozycja leżąca, brak rozwoju ciała), nieodwracalność materialnych skutków naruszenia, jak również obojętne zachowanie sprawców, pozbawienie pokrzywdzonego pewnych dóbr (miłości, więzi rodzinnych, możliwości odbierania bodźców wzrokowych czy słuchowych) itd. W skład krzywdy

wchodzi także niemożność, ze względu na stan, porozumienia się ze sprawcą, przyjęcia jego ewentualnych przeprosin i przebaczenia.

Zadośćuczynienie osobom, które nie są w stanie odczuć wyrządzonego im zła należy się, ponieważ one także ponoszą krzywdę. Krzywda ta z oczywistych względów nie obejmuje żadnych reperkusji w psychice. Zgodnie z teorią krzywdy R. Pilata nie ma to większego znaczenia. Krzywda nie jest bowiem wewnętrzną cechą pokrzywdzonego, ale jako relacja pokrzywdzonego ze sprawcą istnieje niezależnie od psychicznych przeżyć pokrzywdzonego. Jako relacja ma charakter systemu, w którym wielość elementów o cechach materialnych, psychicznych i moralnych współwystępuje i dookreśla się wzajemnie⁵⁷. Brak jednego z nich nie powoduje, że owa relacja nie powstaje, inna jest jedynie jej treść.

Przyjęcie, że krzywda jest relacją o charakterystyce przedstawionej powyżej nie pociąga za sobą zmiany sposobu określania wysokości zadośćuczynienia. Jak zostało wspomniane, duża część elementów wchodzących w skład relacji krzywdy i tak jest współcześnie uwzględniana – jako czynniki wpływające na jej wielkość. Tak jak to jest w przypadku osób zdających sobie sprawę ze swojego pokrzywdzenia, zadośćuczynienie ma spełniać funkcję kompensacyjną – złagodzenia i wynagrodzenia wyrządzonego zła.

Jego wysokość powinna więc odpowiadać wielkości krzywdy. Musi być ona każdorazowo ustalona w drodze indywidualnej analizy sprawy. Przyjęcie, że krzywda jest relacją, pozwala utrzymać i wzmocnić kompensacyjną funkcję zadośćuczynienia. W skład krzywdy jako relacji wchodzi bowiem także elementy niezwiązane z osobą pokrzywdzonego. Przykładowo, jeżeli zdaniem sądu wyjątkowo rażące naruszenie reguł ostrożności przez sprawcę powinno znaleźć odzwierciedlenie w wysokości zadośćuczynienia, sąd nie musi powoływać się na potrzebę represji sprawy albo „wychowania” społeczeństwa. Samo naruszenie współtworzy krzywdę, a jego charakter wpływa na ogólny kształt relacji i tym samym wielkość krzywdy.

⁵⁷ R. Pilat, *Krzywda...*, s. 171–172.

7. Podsumowanie

Problem zadośćuczynienia za krzywdę osobom niezdolnym do jej odczuwania stanowi pewną „anomalie” – sprawę nietypową, która negatywnie weryfikuje funkcjonujące w doktrynie i orzecznictwie teorie na temat tego, czym jest krzywda. Zmusza do tego, żeby je zrewidować i odświeżyć, a może nawet zmienić na zupełnie nową – taką, za pomocą której będzie możliwe spójne wytłumaczenie wszystkich przypadków, w których przyznawane jest zadośćuczynienie. Użyteczną, nową teorię może stanowić odpowiednio dostosowana do prawa teoria „krzywdy jako relacji” R. Pilata. Od 1964 roku przepisy nie łączą wprost krzywdy z moralnością⁵⁸. Jednak sama natura szkody niemajątkowej niejako odsyła do tego pozaprawnego systemu normatywnego. Sięgnięcie do nauki o moralności w poszukiwaniu jej definicji, wydaje się więc jak najbardziej uzasadnione.

Według Pilata szkoda nie jest pojedynczym zjawiskiem, lecz wieloelementową relacją pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą, na którą składają się zarówno psychiczny lub materialny uszczerbek (jeżeli istnieje), jak i naruszenie dobra, intencje sprawcy, uprzednie stosunki pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym. Krzywda, najogólniej rzecz biorąc, jest złem wyrządzonym przez człowieka drugiemu człowiekowi, dlatego nie można jej określić jedynie jako uszczerbku.

Takie określenie szkody niemajątkowej nie tylko adekwatniej opisuje rzeczywistość, ale także pozwala lepiej uchwycić to, co nazywa się krzywdą w prawie cywilnym. W istocie tym, co kompensuje zadośćuczynienie, nie jest psychiczny ani nawet cielesny uszczerbek, ale pewne zło, którego doznał pokrzywdzony.

W świetle przedstawionych rozważań początkowe pytanie o to, dlaczego przyznaje się zadośćuczynienia za krzywdę osobom, które nie są w stanie jej odczuwać, okazuje się niepoprawne. Krzywda nie jest bowiem czymś, co musi być odczuwane. W konsekwencji czynu sprawcy krzywdy zostaje naruszona godność człowieka jako istoty ludzkiej. Godność ta

⁵⁸ Do 1964 r. bowiem, obowiązujące przepisy przewidywały zadośćuczynienie za „krzywdę moralną” – zob. np. art. 165–166 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. 1933 Nr 82, poz. 598 ze zm.).

jest niezbywalna i przysługuje jednostce w jednakowym stopniu niezależnie od tego, czy w życiu zdobędzie Koronę Himalajów, czy też spędzi je leżąc na antyodleżynowym materacu. W obydwu przypadkach przynależy ona w jednakowym stopniu, jednak w drugim jest naruszona i umniejszona. Podniesieniu jej i przywróceniu służy zasądzone zadośćuczynienie.

Jest ono pieniężne, gdyż ludzie nie wymyślili bardziej wszechstronnego środka. Ani pieniądze, ani jakikolwiek przedmiot, który można za nie nabyć, nie przywróca stanu świata do tego istniejącego przed zapoczątkowaniem relacji krzywdy. Pośrednio, dzięki uniwersalności ich zastosowania, pieniądze mogą jednak znacznie podnieść jakość życia pokrzywdzonego i zapewnić środki przeciwdziałające dalszemu naruszaniu jego godności. Wyrażając to w podstawowych pojęciach – dzięki nim w życiu pokrzywdzonego może zostać dokonane jakieś dobro. Przypomnijmy, że według Pilata predefinicją krzywdy jest „zło wyrządzone przez człowieka drugiemu człowiekowi”. W ten sposób można jasno wyjaśnić, w jaki sposób w przypadku szkody niemajątkowej realizuje się funkcja kompensacyjna zadośćuczynienia. Dzięki niemu „zostaje przywrócona równowaga, która została zachwiana wskutek popełnienia czynu niedozwolonego”⁵⁹.

Streszczenie

Zadośćuczynienie pieniężne jest przyznawane za krzywdę, zwykle definiowaną jako „ból i cierpienie psychiczne”. Osoby niezdolne do odczuwania cierpień psychicznych zdają się w wielu sytuacjach nie być uprawnione do tak rozumianego zadośćuczynienia. Co innego wynika jednak z praktyki stosowania prawa. Zasądzone są zadośćuczynienia za krzywdę osobom, które nie są zdolne do odczuwania. Takie postępowanie jest uzasadniane na trzy różne sposoby. Żaden z nich nie jest spójny z teoretycznymi podstawami dotyczącymi naprawienia szkody niemajątkowej. Pierwszy sposób podkreśla represyjną funkcję zadośćuczynienia – powinno stanowić ono karę dla sprawcy krzywdy za czyn niedozwolony, którego się dopuścił. W ramach drugiego i trzeciego krzywdę definiuje się jako samo naruszenie dobra prawnie chronionego albo szkodę wynikającą

⁵⁹ A. Szpunar, *Zadośćuczynienie...*, s. 78.

z naruszenia dóbr osobistych. Autorka artykułu proponuje czwarte wyjaśnienie, oparte na filozoficznej teorii krzywdy R. Pilata. Zgodnie z nią krzywda stanowi relację pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą.

Słowa kluczowe: krzywda, zadośćuczynienie, odpowiedzialność deliktowa, funkcje zadośćuczynienia, osoby niezdolne do odczuwania krzywdy

A problem of pecuniary compensation for pain and mental suffering for the people unable to suffer mentally

S u m m a r y

Pecuniary compensation is awarded for non-pecuniary loss, usually meant as pain and mental suffering. People unable to suffer mentally seem not to be eligible for such a compensation. However the jurisprudence proves otherwise. People unable to feel pain and suffering are awarded compensation and it is explained in three different ways. However each of these introduces inconsistencies to theoretical principles adapted for redress of non-pecuniary harm. First method stresses penal function of compensation. The second and the third define non-pecuniary harm as contravention of the rules of conduct or damage resulting from infringement of personal rights. Author of the article suggests the fourth way, based on philosophical theory of harm by R. Pilat. According to the latter harm is a relation between tortfeasor and injured person.

Keywords: compensation for pain and suffering, non-pecuniary loss, tort liability, persons unable to suffer mentally, functions of compensation.

Dominika Piasecka, University of Warsaw, Faculty of Law and Administration, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland, e-mail: dominikapiasecka44@gmail.com.

OCHRONA PŁODU W SYSTEMIE EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

1. Wprowadzenie

Prawo do życia, wynikające z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) – dalej: Konwencja lub EKPC – stanowi fundament dla korzystania ze wszystkich innych praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję. Umieszczenie tego przepisu na samym początku tekstu Konwencji dodatkowo potwierdza jego szczególną rangę. Prawna ochrona życia nie może być uchylona¹. Nie oznacza to jednak, że ma ona charakter absolutny. Pozbawienie życia nie jest bowiem sprzeczne z omawianym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły w wypadkach przewidzianych w art. 2 ust. 2 Konwencji – przy czym należy podkreślić, że jest to katalog zamknięty i musi być on ściśle interpretowany².

Biorąc pod uwagę szczególne znaczenie i doniosłość prawa do życia, można by oczekiwać, że przepisy dotyczące tej kwestii będą skonstruowane w sposób nader przejrzysty i niebudzący najmniejszych wątpliwości. Pojawia się jednak pytanie o granice temporalne jego obowiązywania.

W Konwencji (podobnie jak w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej) początek prawnej ochrony życia nie jest wskazany. Konwencja nie definiuje pojęć takich jak „życie” (*life, vie*) czy „każda osoba” (*everyone, toute personne*) – w konsekwencji, na gruncie Konwencji nie da się jednoznacznie

* Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Wydział Prawa i Administracji, ul. Warszawska 98, 10-702 Olsztyn, e-mail: daniel.lubowiecki@gmail.com.

¹ Wyjątek od tej zasady ustanawia art. 15 ust. 2 Konwencji, w myśl którego: nie można uchylić zobowiązań wynikających z art. 2, z wyjątkiem przypadków śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych, oraz zobowiązań zawartych w art. 3, 4 ust. 1 i art. 7.

² Por. wyrok ETPC z dnia 27 września 1995 r., nr 18984/91, *McCann i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* (LEX nr 80410).

wskazać, w którym momencie zaczyna się prawna ochrona życia ludzkiego. W doktrynie prezentowane są rozbieżne stanowiska.

Zdaniem P. Hofmańskiego: „byłoby rzeczą co najmniej dziwną, gdyby art. 2 miał bezwzględnie chronić życie płodu, choć w pewnych sytuacjach dopuszcza pozbawienie życia osoby narodzonej”³. J. Czepek zauważa, że „konwencja, w przeciwieństwie do Europejskiej Konwencji Bioetycznej, nie wprowadza określenia »istota ludzka«. W związku z powyższym, skoro prawo do życia przysługuje »osobie«, należałoby domniemywać, że momentem, od kiedy rozpoczyna się ochrona prawa do życia w znaczeniu EKPC jest moment narodzin człowieka”⁴. O. Nawrot sugeruje natomiast, iż przyjęcie, że prawo do życia przysługuje również ludzkim embrionom i płodom, samo z siebie nie jest sprzeczne z normami Konwencji⁵.

Warto zauważyć, że inne dokumenty o charakterze generalnym z zakresu praw człowieka, również nie rozstrzygają jednoznacznie granic prawnej ochrony życia. Należą do nich m.in. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka⁶, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁷ (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326/02, s. 391), Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów⁸. Z kolei w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka⁹ wyraźnie wskazano, że prawo do życia powinno być chronione „w zasadzie od momentu poczęcia”.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – nie wskazuje wprost granic temporalnych ochrony prawa do życia. Warto mu się

³ P. Hofmański, *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego*, Białystok 1993, s. 158.

⁴ J. Czepek, *Zobowiązania pozytywne państwa w sferze praw człowieka pierwszej generacji na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Olsztyn 2014, s. 82.

⁵ Por. O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 101.

⁶ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217A (II) przyjęta i proklamowana 10 grudnia 1948 r. w Paryżu; w myśl art. 3: „Każdy człowiek ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa swojej osoby”.

⁷ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r.

⁸ Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z dnia 26 czerwca 1981 r.

⁹ Amerykańska Konwencja Praw Człowieka przyjęta w San José w dniu 22 listopada 1969 r.

jednak przyjrzeć, aby zrozumieć, jakimi kryteriami kieruje się wydając orzeczenia dotyczące ochrony prawa do życia płodu.

2. Analiza orzecznictwa organów konwencyjnych EKPC

Pierwsze istotne stanowisko w kwestii prawa do życia w okresie prenatalnym EKPC zajęła w sprawie *X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*¹⁰. Pan William Paton (X) oraz jego żona Joan (Y) spodziewali się dziecka. Partnerka będąc w ósmym tygodniu ciąży podjęła jednak decyzję o aborcji. Mężczyzna, nie godząc się z decyzją żony wystąpił do sądu krajowego z wnioskiem o wydanie nakazu sądowego, który miałby uniemożliwić Joan przerwanie ciąży. Ten jednak odmówił wydania stosownego nakazu. W związku z tym Paton wystąpił ze skargą do ETPC, zarzucając, że brytyjski Abortion Act 1976 narusza m.in. art. 2 EKPC.

Europejska Konwencja Praw Człowieka wskazała, że termin „każdy” odnosi się tylko do narodzonych. Zwróciła uwagę na fakt, że określenie „każdy” używane jest w Konwencji w sposób wykluczający sensowne odniesienie go do prenatalnego stadium rozwoju człowieka. Komisja podniosła również, że art. 2 EKPC może być interpretowany, jako: nie obejmujący płodu w ogóle, uznający prawo do życia płodu, lecz z pewnymi ograniczeniami albo przyznający bezwzględne prawo do życia.

Trzecia z możliwości została wykluczona, ponieważ życie płodu jest bezpośrednio związane z życiem matki i nie może być rozpatrywane oddzielnie. Bezwzględne prawo do życia w fazie prenatalnej prowadziłoby do konfliktu z analogicznym prawem kobiety ciężarnej. Stan faktyczny rozpatrywanej sprawy nie wymagał analizy pozostałych możliwości. Komisja nie rozstrzygnęła więc, czy płód może korzystać z prawnej ochrony na gruncie art. 2 EKPC – chociażby w ograniczonym zakresie – czy też nie. Takie samo stanowisko ETPC zajął w sprawie *Boso przeciwko Włochom*¹².

Linia orzecznicza przyjęta w sprawie *X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* kontynuowana została także w sprawie *H przeciwko Norwegii*¹¹. O ile

¹⁰ Decyzja ETPC z dnia 18 grudnia 1982 r., nr 7215, *X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

¹¹ Decyzja ETPC z dnia 19 maja 1992 r., nr 17004/90, *H. przeciwko Norwegii*.

poprzednie sprawy dotyczyły przesłanki medycznej aborcji, tak w tej zaskarżone zostały przepisy dopuszczające przerwanie ciąży z przyczyn społecznych. Komisja również nie podjęła definitywnego rozstrzygnięcia czy płód może korzystać z pewnego zakresu ochrony na podstawie art. 2 EKPC. Wskazała jedynie, że w pewnych okolicznościach taka ochrona może przysługiwać, pomimo istnienia wśród państw-stron Konwencji znacznych rozbieżności opinii, co do tego czy i w jakim zakresie chroni ona życie w fazie prenatalnej.

Komisja posłużyła się tzw. zasadą „marginesu oceny”, czyli doktryny pozwalającej na pewien zakres swobody władz krajowych w stosowaniu wymogów konwencji w zależności od konkretnych warunków¹². Kwestia marginesu oceny zostanie rozwinięta w dalszej części artykułu.

Kolejny raz ETPC rozpatrywał kwestie dotyczące prawnej ochrony płodu w sprawie *Vo przeciwko Francji*¹³. Stan faktyczny znacznie różnił się od pozostałych spraw, ponieważ nie dotyczył wprost zgodności praw aborcyjnych z Konwencją.

Kobieta w ciąży o nazwisku Vo zgłosiła się do szpitala na rutynowe badania kontrolne. W tym samym czasie w szpitalu miejskim w Lyonie inna kobieta o takim samym nazwisku oczekiwała na zabieg usunięcia spirali domacicznej. Niestety, gdy do gabinetu poproszono „panią Vo” stawiała się nie ta pacjentka, co trzeba. Ginekolog bez badania wstępnego przystąpił do przeprowadzenia zabiegu. Konsekwencją owej pomyłki tożsamości była utrata sześciomiesięcznego płodu. Kobieta złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa – nieumyślnego pozbawienia życia jej dziecka. Sąd uznał, że przestępstwo nie miało miejsca z racji tego, że płód nie jest „osobą”.

Po wyczerpaniu drogi krajowej skarżąca wniosła skargę do ETPC, zarzucając, iż Francja poprzez brak prawnokarnej ochrony płodu naruszyła art. 2 Konwencji. Trybunał, rozpatrując sprawę odwołał się do poprzedniego orzecznictwa, po czym stwierdził, że nienarodzone dziecko nie jest uważane za „osobę” bezpośrednio chronioną przez art. 2 EKPC – a jeśli przyjąć, że nienarodzonemu przysługuje „prawo do życia” – to

¹² M.A. Nowicki, *Słownik Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009.

¹³ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r., nr 53924/00, *Vo przeciwko Francji*.

podlega ono ograniczeniu z uwagi na prawa i interesy matki. Podkreślił jednocześnie, że przepisy EKPC nie wykluczają w szczególnych przypadkach, możliwości objęcia ochroną nienarodzonego dziecka.

Trybunał uznał, że na tle rozpatrywanej sprawy, nie jest konieczne rozważanie, czy przerwanie ciąży w skutek błędu lekarskiego mieści się w zakresie ochrony art. 2 EKPC, ponieważ ustawodawstwo francuskie spełnia wymogi proceduralne i tym samym nie doszło do naruszenia omawianego przepisu. Należy dodać, że wyrok w omawianej sprawie nie zapadł jednogłośnie, lecz stosunkiem głosów 14 do 3. Aż dziesięciu sędziów, miało zastrzeżenia do wyroku¹⁴ – z czego trzech stwierdziło, że art. 2 miał zastosowanie i został naruszony¹⁵.

W kwietniu 2007 r. do ETPC trafiła sprawa *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*¹⁶. Skarżąca (Pani Evans) oraz jej partner zgłosili się do kliniki leczenia bezpłodności w celu poddania się zabiegowi *in vitro*. W trakcie badań stwierdzono u Pani Evans raka jajników, co wiązało się z koniecznością ich usunięcia. Lekarze zaproponowali pobranie komórek jajowych i ich zapłodnienie nasieniem partnera, na co oboje się zgodzili. Jeszcze przed wszczepieniem embryonów związek Pani Evans rozpadł się, a mężczyzna wycofał zgodę na ich wykorzystanie. W związku z tym szpital poinformował kobietę, że jest zmuszony zniszczyć embryony. Skarżąca zarzuciła, że przepisy zezwalające na unicestwienie ludzkich embryonów stanowią naruszenie art. 2 EKPC, który w jej mniemaniu chroni istotę ludzką od momentu poczęcia.

Podobnie jak w sprawie *Vo przeciwko Francji* Trybunał stwierdził, że wśród państw Rady Europy nie wypracowano wspólnej definicji „początku życia” oraz brak jest zgody w kwestii ustalenia momentu od jakiego ma być ono chronione. Z tego powodu EKPC zostawia stronom szeroki margines oceny. Od ustawodawstwa krajowego zależy więc, czy obejmuje ochroną prawną także embryon/płód, czy też nie. Mając

¹⁴ Por. B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie Vo przeciwko Francji (dot. ochrony prawnej płodu ludzkiego w związku z nadlینym zabiegiem lekarskim)*, Prok. i Pr. 2004, nr 11–12, s. 227–229.

¹⁵ Zdanie takie wyrazili sędziowie: G. Ress, A. Mularoni oraz V. Straznicka.

¹⁶ Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*.

na uwadze powyższe, Trybunał stwierdził, że nie doszło do naruszenia przez Wielką Brytanię art. 2 EKPC.

Jak już wspomniano, prawo do życia pozostaje w ścisłym związku z innymi postanowieniami EKPC. Z tego powodu organy konwencyjne wielokrotnie odnosiły się do problematyki podmiotowości płodu m. in. konfrontując prawo do życia osoby w prenatalnej fazie rozwoju z prawem matki do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego wynikającym z art. 8 Konwencji. Wśród nich wskazać należy sprawę *Brüggemann and Scheuten przeciwko Niemcom*¹⁷.

Przedmiotem oceny były ograniczenia aborcyjne wprowadzone przez Bundestag, zezwalające na przerwanie ciąży do 12 tygodnia. Według skarżących uregulowania te, naruszały prawo do poddania się zabiegowi aborcji, które ich zdaniem wynika z art. 8 EKPC. Komisja zajęła stanowisko, że ciąża nie należy wyłącznie do sfery życia prywatnego, ponieważ za każdym razem, gdy kobieta zachodzi w ciążę, jej życie prywatne bezpośrednio wiąże się z płodem. W związku z tym nie każda regulacja dotycząca aborcji stanowi ingerencję w życie prywatne. Prawo niemieckie zezwalało na dokonanie aborcji po 12 tygodniu, tylko w sytuacji, gdy ciąża mogła zagrażać życiu kobiety albo w razie ciężkiego upośledzenia płodu. Zdaniem Komisji taka regulacja znajduje uzasadnienie i nie stanowi naruszenia art. 8 EKPC.

Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrywał również sprawę *A.B.C. przeciwko Irlandii*¹⁸. Skarżące zamieszkiwały na stałe w Irlandii i chciały dokonać aborcji. Pierwsza z nich (A) – ze względów ekonomicznych i społecznych, druga (B) – z powodu braku gotowości psychicznej na macierzyństwo, trzecia (C) – ze względu na zagrożenie życia spowodowane chorobą nowotworową. Każda z nich, aby przerwać ciążę wyjechała do Anglii¹⁹. Kobiety zarzuciły, że irlandzkie prawo, poprzez swoje restrykcyjne uregulowania aborcyjne, naraziło ich zdrowie i kondycję finansową. Zdaniem skarżących doszło do naruszenia art. 8 EKPC.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 19 maja 1976 r., nr 6959/75, *Brüggemann and Scheuten przeciwko Niemcom*.

¹⁸ Wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 2010 r., nr 25579/05, *A.B.C. przeciwko Irlandii*.

¹⁹ Przerwanie ciąży w Irlandii dopuszczalne jest jedynie, gdy ciąża stanowi zagrożenie życia matki. Prawo dopuszcza jednak legalne podróżowanie do innego państwa w celu jej dokonania.

Europejski Trybunał Praw Człowieka, powołując się na wcześniejsze orzecznictwo uznał, że w przypadku skarżących A i B nie doszło do naruszenia powyższego przepisu. Ponadto podkreślił, że art. 8 Konwencji nie może być interpretowany w taki sposób, że ciąża i jej przerwanie należą jedynie do życia prywatnego kobiety. Wskazał również, że prawo kobiety do poszanowania jej życia prywatnego musi być wyważone z prawami i wolnościami rozwijającego się płodu, a Konwencja nie przyznaje prawa do „aborcji na życzenie”. Trybunał formułując rozstrzygnięcie uwzględnił także moralne wartości narodu irlandzkiego, której istotnym elementem jest ochrona prawa do życia nienarodzonego (podobnie zresztą jak w Polsce).

Sytuacja skarżącej C znacznie różniła się od pozostałych. Kobieta w obawie o swoje życie chciała skorzystać z przysługującego jej prawa do aborcji, która jest legalna jedynie w przypadku zagrożenia dla życia matki. Państwo nie zapewniło jej jednak odpowiedniego dostępu do badań, na podstawie których mogłaby uzyskać rzetelną informację dotyczącą zagrożeń, jakie niesie za sobą w jej przypadku ciąża. W konsekwencji ETPC stwierdził, że Irlandia nie zapewniła efektywnych procedur realizacji praw kobiety ciężarnej, jakie gwarantowała ustawa aborcyjna. W związku z tym doszło do naruszenia art. 8 Konwencji.

3. Margines oceny

W opisywanych sprawach ETPC wielokrotnie odwoływał się do doktryny (koncepcji) marginesu oceny (ang. *margin of appreciation*, fr. *marge d'appréciation*). W literaturze przedmiotu uważana jest ona za jedną z metod wykładni EKPC²⁰, podejście do implementacji i interpretacji Konwencji²¹ albo też za „doktrynę rewizyjną, wykorzystywaną przez Trybunał do określenia i uzasadnienia natężenia kontroli uznanej za właściwą w rozstrzyganej sprawie”²². Margines swobody oceny jest instrumentem dość kontrowersyjnym i budzącym skrajne emocje

²⁰ C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 236–237.

²¹ J. Kapelańska-Pregowska, *Koncepcja tzw. Marginesu oceny w orzecznictwie ETPC*, PiP 2007, nr 12, s. 88.

²² P. van Dijk, G.J.H van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Right*, Haga 1997, s. 92.

a jednocześnie stale rozwijającym się i coraz częściej stosowanym. Po raz pierwszy posłużyła się nim EKPC w 1956 r. w sprawie *Grecja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, rozpatrując czy doszło do naruszenia art. 15 Konwencji²³. W kolejnych latach marginesem oceny posłużono się również w kontekście m. in. art. 8, 9, 10, 14 a także 2 EKPC²⁴. Zdaniem J. Kapelańskiej-Pręgowskiej postanowienia art. 2, 3, 4 oraz 7 charakteryzują się znaczną ścisłością terminologiczną w porównaniu z wieloma innymi postanowieniami konwencyjnymi. Pozostawiają tym samym bardzo mało swobody interpretacyjnej²⁵. Stosowanie doktryny marginesu oceny łączy się w orzecznictwie ETPC ze stosowaniem zasady konsensusu. Polega ona na tym, że Trybunał bada w określonej sprawie jak dane kwestie zostały uregulowane różnych przez różne Państwa-Strony Konwencji, aby następnie na podstawie tych obserwacji przyznać odpowiedni zakres swobody oceny. Im bardziej dane regulacje różnią się w poszczególnych państwach, tym ów margines będzie szerszy²⁶.

Nie ma wątpliwości co do tego, że w kwestii zakresu prawnej ochrony płodu państwa-strony nie wypracowały powszechnie akceptowanego stanowiska. Zdaje się, że w kwestiach tak spornych, uzależnionych od wyznawanych wartości i specyfiki poszczególnych krajów konsensus jest wręcz niemożliwy.

Sędzia G. Ress rozpatrując sprawę *Vo przeciwko Francji* stwierdził, że: „nie może być żadnego marginesu oceny w sprawie prawnej ochrony życia poczętego”²⁷. A. Wiśniewski z kolei, stoi na stanowisku, że koncepcja marginesu oceny ma zastosowanie w przypadku art. 2 EKPC i to nie tylko w związku z pozytywnymi obowiązkami, ale też między innymi w powiązaniu z odpowiedzialnością na pytanie: „kiedy zaczyna się prawo do życia?”²⁸. J. Kapelańska-Pręgowska poddaje jednak w wątpliwość, czy

²³ Decyzja EKPCz z dnia 2 czerwca 1956 r., nr 176, *Grecja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

²⁴ Por. A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 25.

²⁵ J. Kapelańska-Pręgowska, *Koncepcja...*, s. 94.

²⁶ A. Wiśniewski, *W sprawie koncepcji...*, s. 101.

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r., nr 53924/00, *Vo przeciwko Francji*, pkt 82.

²⁸ A. Wiśniewski, *W sprawie koncepcji...*, s. 100.

zakres marginesu oceny może obejmować również kwestie definicyjne stanowiące o esencji danego prawa. Autorka słusznie zauważa, że w obecnej sytuacji podobne skargi skierowane przeciwko różnym państwom skutkować będą diametralnie różnymi wyrokami, a co za tym idzie, plód będzie miał konwencyjne prawo do życia w Irlandii, ale w Wielkiej Brytanii czy Francji – już nie²⁹.

Pozostawienie państwom szerokiego marginesu oceny ETPC uzasadnia tym, że władze krajowe – bardziej niż sędziowie Trybunału – są predestynowane, żeby ocenić dokładnie wymagania co do moralności³⁰.

Warto podkreślić także, że margines oceny państwa nie ma charakteru nieograniczonego. Taki wniosek plynie m.in. z rozpatrywanej przez ETPC sprawie *Open Door and Dublin Well Woman przeciwko Irlandii*, w której Trybunał odrzucił stanowisko, jakoby swoboda w zakresie ochrony moralności była nieskrępowana i nie mogła być przedmiotem rozprawy³¹.

4. Europejska Konwencja Bioetyczna

Przekonanie o konieczności poszanowania każdej istoty ludzkiej oraz jej przyrodzonej godności doprowadziło do uchwalenia 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo Europejskiej Konwencji Bioetycznej – dalej: EKB³². EKB obowiązuje od 1 grudnia 1999 r. i do tej pory jedynie 19 państw europejskich jest stroną Konwencji (Polska podpisała EKB w 1999 r., choć nadal jej nie ratyfikowała). Celem EKB jest, w myśl art. 1, ochrona godności i tożsamości istoty ludzkiej. Przepis ten gwarantuje również każdemu człowiekowi – bez jakiegokolwiek dyskryminacji – poszanowanie jego integralności oraz innych praw i wolności wobec zastosowań biologii i medycyny. Jednocześnie EKB wskazuje, że istota ludzka ma zawsze pierwszeństwo „nad wyłącznym interesem

²⁹ J. Kapelańska-Pręgoswska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011, s. 173.

³⁰ Orzeczenie ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., nr 5493/72, *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*.

³¹ Wyrok ETPC z dnia 29 października 1992 r., nr 14234/88, *Open Door and Dublin Well Woman przeciwko Irlandii*, pkt 68.

³² Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycyny z dnia 4 kwietnia 1997 r.

społeczeństwa lub nauki”. Oznacza to, że wszelkie badania/eksperymenty przeprowadzane i podejmowane chociażby w imię dobra ludzkości nie mogą jej krzywdzić.

W odróżnieniu od EKPC w EKB dokonano rozgraniczenia pomiędzy „osobą” a „istotą ludzką”. W sprawozdaniu wyjaśniającym grupy roboczej EKB stwierdzono, że: „skonstruowanie na poziomie europejskim definicji »istoty ludzkiej« oraz »osoby« napotyka liczne trudności, stąd też brak stosownych definicji legalnych w tekście Konwencji”³³. Wskazano ponadto, że określenie statusu embrionu ludzkiego należy do ustawodawstwa krajowego. O. Nawrot zauważa, że w niektórych przepisach EKB nie da się zastosować określenia „osoby” do jednostki nienarodzonej. Zdaniem autora pojęcie „istota ludzka” należy interpretować szerzej niż „osoba”³⁴. To drugie nie obejmuje swym zakresem jednostek nienarodzonych³⁵.

W kontekście niniejszego artykułu warto zwrócić uwagę na ścisły związek EKB z EKPC. W świetle art. 29 EKB ETPC posiada bowiem kompetencje do przeprowadzania wykładni jej postanowień. Takie uprawnienia Trybunału świadczą o szczególnej bliskości obu dokumentów. Można więc domniemywać, że dla właściwej interpretacji postanowień EKB znaczenie ma cały dorobek orzeczniczy ETPC³⁶.

Wprawdzie EKB nie przyznaje jednostce prawa do wniesienia skargi do ETPC, niemniej jednak ma ona istotny wpływ na kształtowanie się linii orzeczniczej Trybunału. Tak też było m.in. w opisywanej wcześniej sprawie *Vo przeciwko Francji*, w której ETPC przytoczył art. 1, 2 i 18 EKB oraz inne przepisy protokołów dodatkowych³⁷. Jak widać wspomniana zależność między omawianymi konwencjami ma również wymiar praktyczny.

³³ Sprawozdanie wyjaśniające grupy roboczej EKB z dnia 28 czerwca 2000 r., CDBI 26-30/06/95.

³⁴ O. Nawrot, *Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, PiM 2004, nr 14.

³⁵ Tamże.

³⁶ M. Grzymowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 199.

³⁷ Wyrok ETPCz z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*, pkt 35 i n.

5. Podsumowanie

Analiza orzecznictwa organów konwencyjnych EKPC prowadzi do wniosku, że dziecko w prenatalnej fazie rozwoju nie jest uważane za osobę bezpośrednio chronioną przez art. 2 EKPC. W sprawie *X przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Komisja stwierdziła wprost, że płód nie jest „osobą” i z całą pewnością nie może korzystać z bezwzględного prawa do życia. Trybunał co prawda zauważa potrzebę ochrony nienarodzonego z racji tego, że płód należy do rasy ludzkiej, a jego „potencjał i zdolność do stania się człowiekiem wymagają ochrony w imię godności ludzkiej”³⁸. Zakres ochrony pozostawia jednak Państwom-Stronom, posługując się szerokim marginesem oceny.

Wydaje się jednak, że EKPC nie daje pełnej dowolności w zakresie definiowania pojęcia „każda osoba”. Uznanie bowiem przez państwo, że zakres pojęcia „każda osoba” obejmuje również płód/embrion, prowadziłoby do zrównania intensywności ochrony życia matki oraz jednostki ludzkiej nienarodzonej. Skutkiem czego, w przypadku ciąży zagrażającej życiu matki, mogłoby dojść do odebrania kobiecie ciężarnej ochrony prawa do życia. Zdaniem EKPC, taka interpretacja przepisu byłaby sprzeczna z przedmiotem i celem Konwencji³⁹. E. Zielińska zauważa również, że: „danie priorytetu ochronie życia płodu oznaczałoby ponadto, że dopuszcza się inne wyjątki od zakazu umyślnego pozbawiania życia człowieka niż wyraźnie określone w treści art. 2, co pozostawałoby w sprzeczności z zakazem rozszerzającej interpretacji wyjątków od praw gwarantowanych w EKPC”⁴⁰.

Co prawda wśród państw-stron konwencji próżno szukać konsensusu dotyczącego intensywności prawnej ochrony płodu, jednak większość państw dostrzega konieczność zapewnienia – przynajmniej w minimalnym zakresie – ochrony wynikającej z godności każdej istoty ludzkiej. Dostrzeżenie tego obowiązku dało asumpt do powołania EKB, która proklamuje godność i tożsamość wszystkich istot ludzkich.

³⁸ Tamże.

³⁹ Por. E. Zielińska, *Opinia prawna w sprawie projektu zmiany art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.* [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, Warszawa 2007, s. 12 i n.

⁴⁰ Tamże.

Streszczenie

Prawo do życia wynikające z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi fundament dla korzystania ze wszystkich innych praw i wolności gwarantowanych przez Konwencję. EKPC nie definiuje pojęć takich jak „życie” czy „każda osoba”. Powstaje więc pytanie, kiedy zaczyna się prawna ochrona życia ludzkiego. W doktrynie prezentowane są rozbieżne stanowiska. Odpowiedź na to pytanie ułatwia analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Wynika z niej, że termin „każdy” odnosi się tylko do narodzonych a płód nie może być objęty bezwzględnym prawem do życia. Organy konwencyjne dostrzegają jednak potrzebę ochrony osoby nienarodzonej. W związku z tym, że wśród Państw-Stron Konwencji nie wypracowano wspólnej definicji „początku życia” oraz brak jest zgody co do momentu od jakiego ma być ono chronione Trybunał przyznaje państwu szeroki margines oceny. Dostrzeżenie obowiązku ochrony osób nienarodzonych dało asumpt do powołania Europejskiej Konwencji Bioetycznej. Jest ona w ścisłym związku Europejską Konwencją Praw Człowieka i ma znaczący wpływ na kształtowanie jego orzecznictwa.

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, prawo do życia, „każda osoba”, istota ludzka, margines oceny

Fetal protection in European Convention on Human Rights

Summary

Fundamental measure for making use of all rights and liberties guaranteed by the European Convention on Human Rights is right to life as specified in art. 2 ECtHR. Convention does not define terms such as “life” or “everyone”. The question arises: when does the human life start to be protected by law? The doctrine presents different standpoints. Analyzing the judicature of ECtHR makes finding the answer easier. The analysis results in finding, that term “everyone” pertains only to born

entities and fetus cannot be included in absolute right to life. However, the conventional authorities recognize the need to protect the unborn person. Owing to the fact that The States Parties to the Convention have not defined the “beginning of life” and the agreement on to which point protect it has not been established yet, the Court confers the margin of appreciation. Recognizing the duty of protecting the unborn entities gave the assumption to establish the Convention on Human Rights and Biomedicine. It is in close connection with the European Convention on Human Rights and has significant influence on judicature of European Court of Human Rights.

Keywords: European Convention on Human Rights, right to life, everyone, human being, margin of appreciation

Daniel Lubowiecki, University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Faculty of Law and Administration, ul. Warszawska 98, 10-702 Olsztyn, Poland, e-mail: daniel.lubowiecki@gmail.com.

SKUTKI WYGAŚNIĘCIA PRAWA UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO**

1. Wprowadzenie

Użytkowanie wieczyste wbrew swej nazwie jest prawem terminowym, choć samo określenie „wieczyste”, jak i 99 lat potencjalnego trwania umowy o oddanie gruntu w użytkowanie sprawiają, że o wygaśnięciu prawa użytkowania wieczystego i skutkach tego wygaśnięcia mówi się niewiele. Ponieważ użytkowanie wieczyste w kształcie, jaki znamy, funkcjonuje od nieco ponad 50 lat¹, to obecnie mamy dopiero półmetek trwania praw ustanowionych najwcześniej – nie mówiąc już o tych użytkownikach, którzy swoje prawo uzyskali później. Korzystanie z tej „niemal własności” może uspić czujność użytkowników, którzy nie zawsze mają świadomość, że przysługujące im prawo może przestać istnieć. Użytkowanie wieczyste jest bowiem zawsze prawem na rzeczy cudzej, choć zbliża się swoją treścią do prawa własności.

Użytkowanie wieczyste może wygasnąć z kilku przyczyn: upływu czasu, rozwiązania przez umowę lub orzeczenie sądowe, zrzeczenia się, konfuzji, wywłaszczenia, przekształcenia użytkowania wieczystego w prawo własności czy też z mocy prawa². Niewątpliwie najbardziej naturalną przyczyną jest upływ czasu, na jaki prawo użytkowania wieczystego zostało ustanowione.

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, e-mail: kozak.aleksandra@wp.pl.

** Artykuł powstał na podstawie pracy magisterskiej pt. „Wygaśnięcie użytkowania wieczystego” napisanej pod kierunkiem prof. dr. hab. Jerzego Pisulińskiego w 2014 roku.

¹ Jako forma długotrwałego korzystania z gruntu należącego do Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub ich związków instytucja ta pojawiła się po raz pierwszy w polskim porządku prawnym wraz z uchwaleniem ustawy z dnia 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz.U. Nr 22, poz. 159), a następnie została wpisana do uchwalonego w dniu 23 kwietnia 1964 r. Kodeksu cywilnego.

² Szerzej o sposobach wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego: H. Witczak, *Wygaśnięcie użytkowania wieczystego*, Warszawa 2005.

Na początku trzeba wskazać, że skutki wygaśnięcia prawa użytkownika wieczystego można rozpatrywać w dwóch zasadniczych aspektach. Pierwszy dotyczy skutków wygaśnięcia prawa pomiędzy dotychczasowym użytkownikiem wieczystym a właścicielem nieruchomości (przede wszystkim w sferze własności wzniesionych budynków i urządzeń oraz związanego z nimi wynagrodzenia za te budowle). Druga płaszczyzna obejmuje użytkownika wieczystego i osoby trzecie, w tym przede wszystkim dotyczy praw osób trzecich. Z uwagi na odmiennosc dwóch powyższych sytuacji zostaną one omówione odrębnie. Ustawodawca nie opisał zagadnienia kompleksowo i zarówno przy regulacji konstrukcji samego prawa użytkownika wieczystego, jak i przy opisie skutków jego wygaśnięcia, rozbił regulacje między dwie ustawy – ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.) – dalej: k.c. – oraz ustawę z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2016 r. poz. 2147 ze zm.) – dalej: u.g.n.

2. Użytkownik wieczysty a właściciel nieruchomości

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 235 § 2 k.c. użytkownikowi wieczystemu przysługuje prawo własności budynków i urządzeń znajdujących się na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste, przy czym własność budynków i urządzeń jest prawem związanym z użytkowaniem wieczystym. Zaproponowany przez ustawodawcę sposób rozdziału prawa do gruntu i prawa do budynków tworzy konstrukcję będącą źródłem komplikacji, choć – jak syntetycznie ujął to Z.K. Nowakowski – „w oczach prawa użytkowanie wieczyste oraz własność budynków i innych urządzeń stanowią jedną całość”³. Jedność tych praw jest także naturalna dla użytkowników wieczystych.

Jednym z najbardziej doniosłych skutków wygaśnięcia prawa użytkownika wieczystego jest ustanie stanu „podwójnej własności”, tj. odrębnej od budynków i lokali własności gruntów, która przez cały okres trwania umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste należy do właściciela (jednostki samorządu terytorialnego bądź Skarbu Państwa), oraz

³ Z.K. Nowakowski, *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1969, s. 145.

własności posadowionych na tym gruncie budynków i urządzeń – które, co do zasady, należą do użytkownika wieczystego. Jest to formuła niezna klasycznej koncepcji własności, która zakładała, że budynek dzieli los gruntu. Choć niewątpliwie wpływa to na podniesienie atrakcyjności prawa użytkowania wieczystego, to w obrocie jest także źródłem wielu wątpliwości. Można zatem powiedzieć, że tak długo, jak długo trwa prawo użytkowania wieczystego, zasada *superficies solo cedit* zostaje zawieszona i odżywa wraz z wygaśnięciem prawa.

Z całą pewnością prawo użytkownika wieczystego do wzniesionych przez niego budynków i urządzeń trwa tak długo, jak długo trwa samo prawo użytkowania wieczystego. Powyższy stan ustaje wraz z wygaśnięciem prawa użytkowania wieczystego. Wówczas budynki i urządzenia po raz pierwszy (w przypadku ich wzniesienia przez użytkownika w trakcie trwania umowy) lub ponownie stają się częścią składową gruntu (zgodnie bowiem z art. 31 u.g.n. użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowej zabudowanej następuje z równoczesną sprzedażą położonych na tej nieruchomości budynków i innych urządzeń).

Powyższą sytuację komplikuje jednak dodatkowa okoliczność, jaką mogą być odrębne własności lokali ustanowione obok własności budynku. Sytuacja ta łączy w sobie w istocie trzy prawa – prawo własności lokalu, udział w użytkowaniu wieczystym gruntu oraz współwłasność części budynku i urządzeń, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli poszczególnych lokali. Wzajemne powiązania tych trzech praw od samego początku każą postawić pytanie o to, które z nich jest nadrzędne⁴.

Do lokali nie znajduje wprost zastosowania zasada *superficies solo cedit*. Lokali nie obejmuje także dyspozycja art. 235 § 2 k.c., według którego przysługująca użytkownikowi wieczystemu własność budynków i urządzeń jest prawem związanym z użytkowaniem wieczystym. Powstaje zatem pytanie, czy lokale będące odrębnym od gruntu i budynku przedmiotem własności także tracą swój samodzielny byt wraz z wygaśnięciem prawa użytkowania wieczystego. Powyższa kwestia jest sporna tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie; wpisuje się ona w szerszy nurt postrzegania prawa odrębnej własności lokalu w ogóle. W tym zakresie tradycyjnie

⁴ A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna właścicieli lokali. Problematyka prawnorzeczowa*, Legalis 2015.

wyróżnia się poglądy przyznające prymat prawu własności gruntu, te uznające za nadrzędne prawo własności lokalu oraz trzeci pogląd negujący poprzednie, akcentujący równorzędność i nierozzerwalność prawa do gruntu i prawa odrębnej własności lokalu.

Odrębna własność lokalu jest zagadnieniem kontrowersyjnym także w powiązaniu z prawem użytkowania wieczystego. Sąd Najwyższy rozważał, czy uznać dominującą rolę prawa odrębnej własności gruntowej bez względu na powiązanie tego prawa z udziałem w gruncie, czy też przychylić się do zapatrywania, że prawo odrębnej własności lokalu jest zawsze prawem pochodnym i zależnym od konstytuującego go udziału w nieruchomości gruntowej. W judykaturze wyraźnie zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska Sądu Najwyższego wyrażone w bliskiej odległości czasowej – w 2008 i 2009 roku. I tak w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r., IV CSK 234/08 (Legalis nr 553483), w związku z rozważaniami na temat relacji odrębnej własności lokalu względem użytkowania wieczystego gruntu wskazano, że: „nie można przeoczyć, że ostatecznie art. 3 ust. 1 ustawy o własności lokali wyznacza dominującą rolę prawu odrębnej własności lokalu, z którym związane jest zarówno prawo do części wspólnych budynku, jak i do gruntu. Taki układ praw uniemożliwia uznanie prawa własności lokalu za obciążenie ustanowione na użytkowaniu wieczystym w rozumieniu art. 241 k.c., nie jest ono bowiem obciążeniem innego prawa, lecz samodzielnym prawem, z którym związany jest udział w użytkowaniu wieczystym”. Taki sposób rozumowania oznacza w istocie uznanie prawa własności lokalu nie za obciążenie ustanowione na użytkowaniu wieczystym (a więc prawo do lokalu nie jest prawem obciążającym inne prawo), lecz za inny, odrębny byt prawny, niezależny od losów prawa użytkowania wieczystego. W konsekwencji takie postawienie sprawy musi prowadzić do wniosku, że upływ czasu, na jaki ustanowiono użytkowanie wieczyste, nie powoduje wygaśnięcia prawa własności lokalu.

Rozumowanie takie uzasadnia także późniejsza – względem regulacji Kodeksu cywilnego – norma zawarta w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. z 2015 r. poz. 1892 ze zm.) – dalej: u.w.l. – zgodnie z którą użytkowanie wieczyste jest prawem akcesoryjnym do prawa odrębnej własności lokalu. W tym kontekście należałoby

uznać, że przepis art. 3 ust. 1 u.w.l. stanowi przepis szczególny względem art. 235 § 2 k.c.

W tym zakresie można postawić także dalej idące pytanie – przy założeniu, że udział w użytkowaniu jest związany z własnością lokalu i prawo do lokalu jest prawem nadrzędnym – to czy tym samym, dopóki trwa własność lokalu, może w ogóle dojść do wygaśnięcia – akcesoryjnego w takim układzie – prawa użytkowania wieczystego.

Pogląd wskazany powyżej wydaje się jednak odosobniony tak w nauce prawa, jak i orzecznictwie. Wskazać w tym miejscu należy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2009 r., I CSK 6/09 (Lex nr 528218), w którego uzasadnieniu podkreślono, że w wypadku prawa własności lokalu ustanowionego na nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, prawo to jest ograniczone w czasie, bowiem jego istnienie nie może przekroczyć czasu trwania własności budynku wygasającej wraz z wygaśnięciem użytkowania wieczystego. Podobne stanowisko zostało wyrażone w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2010 r., II CSK 197/10 (Legalis nr 407507).

Mając na względzie oba stanowiska, należy pamiętać o generalnej zasadzie zakładającej, że prawo własności lokalu wygasa wraz ze zniszczeniem rzeczy (lokalu), jak i w sytuacji, gdy traci on charakter odrębnego od gruntu przedmiotu własności. Z tego ostatniego powodu za bardziej uzasadniony należy uznać drugi z przytoczonych powyżej poglądów. Sytuacja utraty odrębnego od gruntu i budynku przedmiotu pojawia się, gdy wygasa prawo użytkowania wieczystego⁵. Pociąga ono za sobą utratę przez budynek statusu odrębnego przedmiotu własności, staje się on częścią gruntu, co w konsekwencji pochłania prawo lokalu do jego odrębności. Powyższe wynika także z reguły *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. Trudny do zaakceptowania byłby pogląd o swojego rodzaju podwójnym standardzie ochrony, którego należałoby odmówić budynkowi jako takiemu, ale przyznać znajdującym się w tym budynku lokalom. Powyższe wynika z ogólnej konstrukcji odrębnej własności lokalu, której immanentną cechą jest powiązanie z udziałem w gruncie, na którym posadowiony jest budynek. Lokal bowiem nie może istnieć

⁵ Z. Radwański, *Funkcja społeczna, treść i charakter prawny odrębnej własności lokali*, SC 1968, t. XI, s. 100.

sam, jest zawsze zależny i pochodny względem kotwiczącego go udziału w nieruchomości gruntowej, a także związanego z lokalem prawa własności w częściach wspólnych budynku. W przypadku wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego budynek staje się własnością właściciela gruntu, przestaje więc pełnić funkcję służebną wobec lokalu. Należy więc uznać, że warunkiem istnienia odrębnej własności lokalu w budynku wzniesionym na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste jest istnienie prawa użytkowania wieczystego.

Powyższe odnosi się do wygaśnięcia prawa przysługującego użytkownikowi wieczystemu. Odrębną kwestią jest jednak ustalenie, czy powracający do pierwotnego właściciela lokal zachowuje swoją odrębność, czy też traci samodzielny charakter i staje się częścią budynku jako takiego. Zdaniem Z. Truskiewicza⁶ nie wygasa jedynie odrębna własność lokalu powstała wskutek zbycia przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego wraz z oddaniem w użytkowanie wieczyste udziału w nieruchomości wspólnej.

W takich bowiem przypadkach zdaniem Z. Truskiewicza prawem głównym jest nieograniczone czasowo prawo własności do lokalu. Stoje na stanowisku, że w wypadku wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego istniejąca odrębna własność lokalu nie wygasa, ale staje się własnością właściciela gruntu⁷. Z tego względu można mówić nie o wygaśnięciu odrębnej własności lokalu, ale o przejściu prawa własności lokalu z użytkownika wieczystego na właściciela gruntu. Konsekwentnie należy przyjąć, że tak samo stanie się, gdy prawo użytkowania wieczystego wygaśnie wskutek nabycia własności gruntu przez użytkownika wieczystego (konfuzja). Należy zaznaczyć, że użytkownik wieczysty ma wyłączne prawo nabycia własności gruntu objętego prawem użytkowania wieczystego – czego nie można jednak utożsamiać z roszczeniem o sprzedaż gruntu oddanego w użytkowanie⁸.

Dla porządku należy zaznaczyć, że powyższe nie odnosi się do posadowionych na gruncie roślin. Brak jest bowiem w tym zakresie jakichkolwiek

⁶ Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2006.

⁷ Tak też: J. Augustowicz, *Odrębna własność lokali*, NP 1982, nr 1–2, s. 42–43.

⁸ C. Woźniak, *Użytkowanie wieczyste*, Legalis 2006.

przepisów szczególnych. Drzewa i krzewy stanowią część składową gruntu i są przedmiotem użytkowania wieczystego, a nie przedmiotem własności użytkownika wieczystego⁹.

Podsumowując tę część rozważań należy wskazać, że najbardziej doniosłym skutkiem wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego jest wygaśnięcie prawa odrębnej własności budynku oraz – co sporne – przejście prawa własności lokalu na właściciela gruntu.

Trzeba dodać, że powyższe zagadnienie związane z losem odrębnej własności lokalu po wygaśnięciu użytkowania wieczystego jest jednym z najważniejszych, ale też najbardziej kontrowersyjnych skutków ustania prawa użytkowania wieczystego. Niepewność, jaką za sobą niesie, być może już niebawem zostanie przerwana na skutek pytania prawnego skierowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich do Sądu Najwyższego (sprawa III CZP 11/17)¹⁰, którego rozstrzygnięcie nie było znane w dacie oddania do druku niniejszego artykułu.

3. Wynagrodzenie dla użytkownika wieczystego za budynki i urządzenia

Użytkowanie wieczyste kreuje powiązania o podwójnym charakterze – rzeczowym i obligacyjnym. Wskutek wygaśnięcia użytkowania wieczystego właściciela gruntu i użytkownika wieczystego przestaje wiązać węzeł prawnorzeczowy. Wciąż jednak istnieje między nimi stosunek zobowiązaniowy. Rodzi on po stronie właściciela gruntu roszczenie o wydanie rzeczy (nieruchomości), które zgodnie z ogólną zasadą nie ulega przedawnieniu, a nadto także możliwe roszczenie o naprawienie szkody powstałej w związku z niewłaściwym korzystaniem z gruntu lub nieutrzymaniem budynków i urządzeń w należytym stanie. Drugie ze wskazanych roszczeń właściciela ograniczone jest już trzyletnim terminem, liczonym jednak nie od dnia faktycznego wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego, ale od dnia jego zwrotu przez użytkownika wieczystego.

Pamiętać jednak należy, że użytkownik wieczysty traci wzniesione przez siebie budynki i urządzenia, co ustawodawca powiązał z roszczeniem

⁹ A. Cisek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2011, red. E. Gniewek, Legalis.

¹⁰ Wniosek RPO z dnia 6 lutego 2017 r., IV.7210.6.2017.AW, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/pytanie%20prawne%20do%20SN.pdf>.

o wynagrodzenie za wzniesione budynki i urządzenia. Możliwość żądania wynagrodzenia przez użytkownika wieczystego jest drugim najważniejszym skutkiem wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego. W zależności od przyjętego poglądu co do bytu odrębnych lokali po wygaśnięciu użytkowania wieczystego, różna będzie także wysokość wynagrodzenia. Jak zwraca uwagę A. Kaźmierczyk, niewątpliwie jednak wartość budynku jest inna od sumy wartości odrębnych nieruchomości lokalowych. Tym samym powstaje problem, w jakiej wysokości przysługiwałoby roszczenie o wynagrodzenie poszczególnym współużytkownikom wieczystym¹¹.

Zgodnie z generalnym założeniem wszystko, co znajduje się na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste, stanowi własność użytkownika wieczystego przez okres trwania tego prawa. Dotyczy to zarówno budynków (przez co rozumie się także inne urządzenia), które istniały w dniu oddania gruntu w użytkowanie wieczyste (a zatem wcale nie musiały zostać wzniesione przez użytkownika), jak i tych budynków, które zgodnie z umową o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste obowiązany był wznieść użytkownik wieczysty. Pierwsza ze wskazanych sytuacji, tj. przejście własności istniejących na gruncie zabudowań na użytkownika wieczystego, wynika wprost z art. 31 u.g.n., gdzie wyrażono zasadę, że oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste ma nastąpić jednocześnie ze sprzedażą położonych na nieruchomości budynków, o ile oczywiście takie istnieją. Powyższe wyraźnie akcentuje, że wyłącznie grunt może być przedmiotem użytkowania wieczystego, a w żadnym wypadku znajdujące się na nim budynki i urządzenia. Jeśli na gruncie znajdują się jakiegokolwiek zabudowania, muszą zostać od niego „oderwane” i przekazane na własność użytkownikowi. Oderwanie to następuje wyłącznie na czas trwania prawa i po jego wygaśnięciu budynki stają się ponownie częścią gruntu (w przypadku nieruchomości posadowionych na gruncie przed ich oddaniem w użytkowanie wieczyste) lub stają się częścią gruntu po raz pierwszy (w przypadku budynków wzniesionych po oddaniu gruntu w użytkowanie wieczyste).

Atrakcyjność użytkowania wieczystego jako prawa z jednej strony ograniczonego czasowo, a z drugiej strony na tyle długotrwałego, by użytkownik

¹¹ A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość...*

gotowy był czynić na nieruchomości znaczne nakłady, wymaga, by wraz z wygaśnięciem tego prawa – tak wskutek upływu czasu, jak i przed upływem terminu, na jaki zostało ustanowione – użytkownikowi przysługiwało wynagrodzenie za wzniesione lub nabyte przez niego budynki. Zgodnie z art. 33 ust. 2 u.g.n. wynagrodzenie za budynki wzniesione przez użytkownika jest zależne od tego, czy zostały wzniesione zgodnie z postanowieniami umowy o oddanie gruntu w użytkowanie. Jedną z najczęstszych przyczyn oddania gruntu w użytkowanie wieczyste jest realizacja potrzeb mieszkaniowo-bytowych związanych z budową osiedli, budynków, garaży. W obecnym stanie prawnym wysokość wynagrodzenia ma odpowiadać rzeczywistej wartości wzniesionych budynków, określonej na dzień wygaśnięcia użytkowania wieczystego. Uprzednia regulacja tej kwestii w art. 242 k.c.¹² była dla użytkownika mniej korzystna. Przepis ten stanowił, że za wzniesione budynki użytkownikowi należy się wynagrodzenie, jakie zostało ustalone wprost w umowie. W braku umownego uregulowania wynagrodzenia należało się wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej zaledwie jednej czwartej wartości budynków, które istniały na nieruchomości w dniu zwrotu gruntu. W interesie właściciela gruntu było pominięcie kwestii wynagrodzenia w umowie, a upór przyszłego użytkownika co do konieczności uwzględnienia w umowie postanowienia w sprawie rozliczenia po wygaśnięciu prawa prowadził niekiedy do jego eliminacji z kręgu potencjalnych kontrahentów¹³. W uchylonym art. 242 k.c. dostrzec należy jednak także korzystną z punktu widzenia użytkownika wieczystego zasadę (której nie przewidują obecnie obowiązujące przepisy) zakładającą wypłatę wynagrodzenia niezależnie od sposobu wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego. Ówczesna doktryna odmawiała użytkownikowi prawa do żądania wynagrodzenia jedynie wówczas, gdy sam zrzekł się on swojego prawa¹⁴.

Ewolucja treści przepisu (i przeniesienie go z Kodeksu cywilnego do ustawy o gospodarce nieruchomościami) zdaje się potwierdzać tendencje do zapewnienia byłemu użytkownikowi wieczystemu możliwości

¹² Uchylony ustawą o gospodarce nieruchomościami, która weszła w życie 1 stycznia 1998 r.

¹³ A. Doliwa, *Wynagrodzenie za wzniesione lub nabyte na własność przez użytkownika wieczystego budynki w razie wygaśnięcia użytkowania wieczystego*, „Rejent” 1998, nr 11, s. 140.

¹⁴ J. Winiarz [w:] *System Prawa Cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, t. 2, Ossolineum 1977, s. 591.

uzyskania wynagrodzenia odpowiadającego pełnej wartości wzniesionych budynków, co ma wpływać na jego chęć do podejmowania inwestycji na gruncie oddanym w użytkowanie. W przytoczonym nieobowiązującym już art. 242 k.c. należy zauważyć zasadniczą odrębność na niekorzyść użytkownika wieczystego. Jest nią zawężenie przypadków powodujących ustanie prawa użytkowania wieczystego, które aktualizują obowiązek wypłaty wynagrodzenia. Upřednio wyłącznie zrzeczenie się prawa użytkowania wieczystego mogło wyłączyć prawo do żądania ekwiwalentu za wzniesione budynki. Obecnie ustawodawca wskazał dwie sytuacje, kiedy prawo takie w ogóle powstaje. Pierwszą z nich jest wygaśnięcie prawa na skutek upływu czasu. Drugą jest rozwiązanie umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste przed upływem terminu, na jaki została zawarta, w sytuacji, gdy użytkownik korzysta z gruntu w sposób (oczywiście) sprzeczny z jego przeznaczeniem określonym w umowie, w szczególności wbrew umowie nie wznosił określonych w niej budynków i urządzeń¹⁵. Jak zauważył Z. Truskiewicz¹⁶, działanie tego przepisu może być wyłączone przez strony umowy o rozwiązanie *użytkowania wieczystego*, zwłaszcza gdyby do rozwiązywania dochodziło w interesie właściciela gruntu, np. z powodu przeznaczenia nieruchomości na cele publiczne. O ile art. 33 u.g.n. wskazuje, że wynagrodzenie powinno być równe wartości budynków i urządzeń określonych na dzień wygaśnięcia użytkowania wieczystego, o tyle art. 239 § 2 pkt 4 k.c., określający treść umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste, jako jeden z jej elementów wskazuje wynagrodzenie należne użytkownikowi wieczystemu za budynki i urządzenia istniejące na gruncie w dniu wygaśnięcia prawa. Przyjąć należy, że pomiędzy powyższymi przepisami zachodzi jedynie pozorna

¹⁵ Artykuł 240 k.c. wskazuje, w jakich okolicznościach możliwe jest przedterminowe rozwiązanie umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste. Podstawową przesłanką jest korzystanie przez użytkownika z gruntu w sposób „oczywiście sprzeczny” z jego przeznaczeniem określonym w umowie. Niemal analogiczne uregulowanie zawiera ustawa o gospodarowaniu nieruchomościami, która w art. 33 stanowi, że właściwy organ może żądać rozwiązania umowy użytkowania wieczystego przed upływem ustalonego okresu stosownie do art. 240 k.c., jeżeli użytkownik wieczysty korzysta z tej nieruchomości „w sposób sprzeczny” z ustalonym w umowie. Należy przyjąć, że przepisy ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami nie są regulacją szczególną wobec art. 240 k.c., a jedynie pewnego rodzaju wysiłku wymaga ich spójna wykładnia i stosowanie.

¹⁶ Z. Truskiewicz, *Użytkowanie...*

sprzeczność i pierwszeństwo należy przyznać umownemu uregulowaniu wartości wynagrodzenia. Dopiero w razie jego braku zastosowanie znajdzie art. 33 u.g.n.¹⁷ W doktrynie zarysował się jednak pogląd przeciwny, który podzielałam¹⁸. Wskazuje on na nadrzędną rolę rzeczywistej wartości budynków i urządzeń jako podstawy szacowania wynagrodzenia. W tym stanie rzeczy strony wiąże w pierwszej kolejności art. 33 u.g.n, mający charakter *iuris cogentis*, zaś dyspozycja art. 239 § 2 pkt 4 k.c. pozostawia jedynie przestrzeń co do doprecyzowania np. sposobu szacowania wartości czy zasad wypłaty wynagrodzenia. Zauważyć wypada, że określenie wartości wynagrodzenia nie jest elementem koniecznym umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste. Pominięcie tej kwestii nie prowadzi do nieważności umowy. Jak podnosi A. Doliwa, użytkownik wieczysty niezależnie od treści umowy ma roszczenie o ekwiwalent w pełnej, rynkowej wysokości¹⁹.

Nie należy także zapominać o ogólnym zamiarze, który, wydaje się, towarzyszył ustawodawcy w ramach dokonanej nowelizacji art. 242 k.c. Obejmował on wolę zwiększenia ochrony użytkownika wieczystego, a zatem pozostawienie art. 239 § 2 pkt 4 k.c. należy uznać za przeoczenie. Co więcej, mając na uwadze potencjalny maksymalny okres trwania prawa – tj. 99 lat – niemożliwe z ekonomicznego punktu widzenia jest oszacowanie potencjalnej przyszłej wartości budynków już w momencie zawierania umowy. Kilkadziesiąt lat dzielących ustanowienie prawa od jego wygaśnięcia (a nie można zapominać, że czas trwania prawa może być wielokrotnie przedłużany) czyni wszelkie próby oceny wartości nieruchomości w momencie podpisywania umowy za pozbawione jakichkolwiek podstaw. Co więcej, w przypadku znacznej różnicy między wartością gruntu wskazaną w umowie a rzeczywistą wartością wzniesionych budynków, były użytkownik nie będzie miał podstaw do żądania dodatkowego wynagrodzenia na innej podstawie prawnej (np. art. 266 § 1 i 2 k.c. czy art. 405 k.c.).

¹⁷ K. Górka [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016; A. Cisek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006.

¹⁸ T.A. Filipiak wskazuje, że intencją prawodawcy było nadanie przepisowi art. 33 ust. 2 u.g.n. charakteru *iuris cogentis* (T.A. Filipiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. 2, Warszawa 2012).

¹⁹ A. Doliwa, *Wynagrodzenie...*, s. 140 i n.

Powyższe jest szczególnie istotne w przypadku, gdy użytkownik wieczysty wznosił budynki lub urządzenia wbrew umowie o oddanie gruntu. W takim wypadku nie przysługuje mu wynagrodzenie na podstawie omawianego art. 33 u.g.n. Może to prowadzić do wzbogacenia się właściciela gruntu poprzez przejęcie przez niego na własność budynku o znacznej wartości. W tym kontekście art. 33 u.g.n. sankcjonuje nieodpłatne przejęcie przez właściciela budynków wzniesionych wbrew umowie. Trzeba przy tym wskazać, że właścicielowi gruntu w wypadku zajmowania przez użytkownika nieruchomości po wygaśnięciu prawa użytkowania wieczystego przysługuje nadto żądanie zapłaty wynagrodzenia (odszkodowania) za bezumowne korzystanie z rzeczy.

Na marginesie warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną możliwą sytuację faktyczną. Przepis art. 235 § 1 k.c. odnosi się do użytkownika wieczystego jako do podmiotu, który jest właścicielem wzniesionych przez siebie budynków i urządzeń. Powstaje więc ciekawe pytanie, czy użytkownik nabywa własność budynków wzniesionych przez inne osoby. Jak się wydaje, odpowiedź na to pytanie jest twierdząca²⁰. W takim wypadku, niezależnie od tego, czyim nakładem sił i środków zostały wzniesione zabudowania, w momencie wygaśnięcia prawa stają się one częścią składową gruntu. Przeciwny, oparty na dosłownej wykładni sposób rozumienia przepisu prowadziłby do sytuacji, w której na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste istniałyby budynki będące częścią składową gruntu, a nie będące własnością użytkownika wieczystego. Temu jak już wskazywano sprzeciwia się art. 235 k.c. Mimo to w doktrynie²¹ i orzecznictwie²² wyrażane są poglądy uznające budynki wzniesione przez osobę inną niż użytkownik wieczysty za część gruntu, które stają się przedmiotem użytkowania wieczystego.

²⁰ Szerzej na ten temat: M. Wojewoda, *O własności budynków i urządzeń wzniesionych na użytkowanym wieczysto gruncie*, St. Pr.-Ek. 2012, t. LXXXVI, s. 173–203.

²¹ M. Gutowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 23 stycznia 2003 r., III CKN 1155/00*, PS 2004, nr 11–12, s. 153.

²² Postanowienie SN z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 635/97 (Legalis nr 58486).

4. Zwrot opłat rocznych

Użytkownik wieczysty zobowiązany jest do wniesienia dwóch rodzajów opłat: jednorazowej opłaty początkowej w wysokości od 15% do 25% wartości nieruchomości, a następnie regularnych opłat rocznych, których wysokość zależy od celu, na jaki nieruchomość została oddana, i które są pochodną wartości prawa własności. Trzecim skutkiem wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego jest zatem problematyka zwrotu opłat rocznych uiszczonych za niewykorzystany okres użytkowania wieczystego uregulowana w art. 33 ust. 3a u.g.n. Do dnia 22 października 2007 roku użytkownikowi wieczystemu zwracano zarówno opłatę początkową, jak i sumę opłat rocznych wniesionych za niewykorzystany okres użytkowania²³. W uzasadnieniu do projektu zmiany ustaw wskazano, że ograniczenie zwrotu opłat do opłaty rocznej podyktowane jest brakiem dyscypliny użytkowników wieczystych, którzy nie realizowali umowy lub wykorzystywali nieruchomość niezgodnie z celem, na jaki została oddana²⁴. W takim wypadku właściciel mógł żądać rozwiązania umowy, ale zobowiązany był także do zwrotu pierwszej opłaty, która mogła wynosić nawet 25% ceny nieruchomości. W wyniku nowelizacji użytkownik wieczysty może więc liczyć wyłącznie na zwrot drugiej ze wskazanych kwot, tj. opłaty za niewykorzystany okres. Kwota ta nie może przekroczyć wartości prawa użytkowania wieczystego określonego na dzień rozwiązania umowy (wskazać należy, że wartość użytkowania wieczystego stanowi ułamek wartości prawa własności nieruchomości). Opłata początkowa stała się więc opłatą bezzwrotną.

Obok sytuacji użytkowników, którzy stosownie do art. 76 ust. 2 u.g.n. w związku z ustawą o gospodarce terenami w miastach i osiedlach wnieśli jednorazowo opłaty roczne za cały okres użytkowania wieczystego, znacznie częściej spotykane są sytuacje corocznego uiszczania opłat rocznych za użytkowanie wieczyste. Na tym tle wylania się pytanie o skutki wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego w trakcie roku, za który

²³ Do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 24 sierpnia 2007 roku o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 173, poz. 1218).

²⁴ Sejm RP V kadencji, druk sejm. nr 1468.

została uiszczona opłata. Posilkowo w tym zakresie można posłużyć się tezą wyrażoną w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2004 r., III CZP 47/04 (Legalis nr 66086), iż w razie przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności na podstawie ustawy z dnia 4 września 1997 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego przysługującego osobom fizycznym w prawo własności (Dz.U. Nr 175, poz. 1459 ze zm.), opłata roczna za użytkowanie wieczyste za rok, w którym nastąpiło przekształcenie, ulega zmniejszeniu proporcjonalnie do czasu trwania użytkowania wieczystego w tym roku. Przekształcenie użytkowania wieczystego w prawo własności jest jednym z kilku sposobów wygaśnięcia tego prawa. Co prawda Sąd Najwyższy rozpatrywał sytuacje zmniejszenia opłaty, jednakże wyrażona w uchwale myśl o konieczności proporcjonalnego potraktowania opłaty winna znaleźć zastosowanie także przy szacowaniu jej zwrotu²⁵. W każdym wypadku opłaty te nie są jednak zwracane w nominalnej kwocie, lecz podlegają waloryzacji.

5. Użytkownik wieczysty a osoby trzecie

Najdonioślejszym skutkiem wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego względem osób trzecich jest wyrażona w art. 241 k.c. zasada, iż wraz z wygaśnięciem prawa wygasają ustanowione na nim obciążenia. Nie ma w nauce prawa zgody co do tego, jak szeroko należy rozumieć obciążenia podlegające wygaśnięciu. Bez wątpienia są to ograniczone prawa rzeczowe, takie jak chociażby hipoteka czy służebność²⁶. Sytuacja wierzyciela hipotecznego jest o tyle korzystna, że co prawda traci on zabezpieczenie w postaci hipoteki na prawie, ale w zamian uzyskuje w to miejsce ustawowe prawo zastawu na roszczeniach użytkownika wieczystego względem właściciela o wynagrodzenie za wzniesione przez niego lub nabyte na własność budynki i urządzenia (art. 101 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, Dz.U. z 2016 r.

²⁵ Odmienne T. Justyński, *Glosa do uchwały SN z dnia 8 grudnia 2004 r., III CZP 47/04*, OSP 2005, z. 10, poz. 113, który wyraził pogląd, iż opłatą niewykorzystaną jest tylko taka, która dotyczy nierozpoczętych jeszcze rocznych okresów użytkowania wieczystego, bowiem opłata roczna jest zdaniem autora niepodzielna.

²⁶ K. Górka [w:] *Kodeks...*

poz. 790 ze zm. – dalej: u.k.w.h.). Tym niemniej należy podkreślić, że art. 101 u.k.w.h. przewiduje powstanie zastawu jedynie w przypadku wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego na skutek upływu czasu lub przedterminowego rozwiązania umowy.

Znacznie poważniejsze wątpliwości dotyczą praw o charakterze obligacyjnym. Część autorów skłania się ku zapatrywaniu, iż przez obciążenie rozumie się tak ograniczone prawa rzeczowe, jak i prawa obligacyjne²⁷. Odmienne stanowisko prezentuje Z. Truszkiewicz, który wskazuje, że wygaśnięcie obciążenia obligacyjnego zależne jest od tego, czy wola stron było, aby stosunek trwał tylko w czasie istnienia użytkowania wieczystego²⁸. W innym wypadku, zdaniem autora, stosunki obligacyjne nie wygasają²⁹. Za takim przedstawieniem zagadnienia przemawia, po pierwsze, możliwość wielokrotnego przedłużania trwania prawa, jak również fakt, że obciążenie dotyczy nieruchomości, nie zaś tylko ustanowionego na nieruchomości prawa użytkowania wieczystego.

Co więcej, nie jest też wcale wykluczone, że prawo użytkowania wieczystego wygaśnie wskutek nabycia prawa własności przez samego użytkownika wieczystego. W takim wypadku twierdzenie, że wszelkie obciążenia na nieruchomości wygasają, byłoby nietrafne. Jak wskazano bowiem w art. 32 ust. 2 u.g.n. w przypadku sprzedaży użytkownikowi wieczystemu własności nieruchomości będącej przedmiotem użytkowania, nie stosuje się art. 241 k.c. Podobnie należy traktować wypadek przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności³⁰.

Brak kompleksowej regulacji jest problemem prawa użytkowania wieczystego jako takiego, co jednak wyjątkowo silnie manifestuje się przy próbie opisu skutków wygaśnięcia prawa dla stosunków obligacyjnych. Jak się wydaje, jako zasadę powinno się przyjąć, że prawa ujawnione w księdze wieczystej wiążą użytkownika wieczystego mimo wygaśnięcia prawa

²⁷ K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. 1, Legalis 2005; E. Gniewek [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, red. E. Gniewek, Kraków 2011.

²⁸ Z. Truszkiewicz, *Użytkowanie...*

²⁹ Za Z. Truszkiewiczem pogląd taki prezentuje także A. Suchoń [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-44911*, red. M. Gutowski, t. 1, Warszawa 2016.

³⁰ A. Cisek [w:] *Kodeks...*

użytkowania wieczystego³¹. W doktrynie można jednak także odnotować poglądy przeciwnie³².

6. Inne skutki

Poza wskazanymi powyżej najważniejszymi skutkami wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego, wymienić można także jego wpływ na toczące się postępowania. Zgodnie z art. 1008 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 379 ze zm.), w wypadku prowadzenia egzekucji z prawa użytkowania wieczystego, wystąpienie przez organ z żądaniem rozwiązania umowy prowadzi do zawieszenia postępowania. Podobną regulację zawiera także art. 114d ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2016 r. poz. 599 ze zm.). Należy przyjąć, że również postępowanie w sprawie przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności winno ulec zawieszeniu na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.) – za takim skutkiem opowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 27 lipca 2011 r., I OSK 501/11 (Lex nr 1082773). Stanowisko to jest uzasadnione, trudno bowiem prowadzić postępowanie w sprawie przekształcenia prawa, które w momencie orzekania nie istnieje, samo zaś prowadzenie sprawy nie chroni prawa przed wygaśnięciem.

7. Podsumowanie

Ustanie prawa użytkowania wieczystego dotyka zarówno relacji wewnętrznej między właścicielem gruntu a byłym użytkownikiem wieczystym, jak i relacji zewnętrznych między byłym użytkownikiem a osobami trzecimi. W mniejszym stopniu ma wpływ na bieg toczących się postępowań. Prawo użytkowania wieczystego może wygasnąć na kilka sposobów – na skutek upływu czasu, rozwiązania umowy, przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności, zrzeczenia się

³¹ Z. Truskiewicz, *Użytkowanie...*

³² C. Woźniak, *Użytkowanie...*

prawa czy konfuzji. Skutki wygaśnięcia nie są takie same dla każdego sposobu ustania prawa. Uniwersalnym skutkiem jest ustanie odrębnej własności budynków oraz – co nie jest wolne od kontrowersji – także odrębnej własności lokali. Za taki skutek uznane może być także, co do zasady, wygaśnięcie obciążeń prawnorzeczowych, a niekiedy i obligacyjnych. Inne konsekwencje, w tym w szczególności roszczenie o wypłatę wynagrodzenia za wzniesione budynki, powstają wyłącznie w określonych wypadkach wygaśnięcia prawa, co sankcjonuje niekiedy nabycie przez właściciela gruntu o znacznie podniesionej wartości bez konieczności zwracania użytkownikowi jakichkolwiek nakładów. Skutki, jakie pociąga za sobą wygaśnięcie prawa, są doniosłe i głęboko ingerują w interesy byłego użytkownika wieczystego. Wymaga to zatem od niego szczególnej dbałości i zainteresowania losami prawa, a zwłaszcza podjęcia odpowiednich działań zmierzających do jego zachowania – jak chociażby poprzez zgłoszenie w odpowiednim czasie wniosku o przedłużenie umowy.

Streszczenie

Prawo użytkowania wieczystego nie ma jednolitej natury. Dualistyczny charakter prawa potęguje także dwutorowa regulacja rozbita na Kodeks cywilny oraz ustawę o gospodarce nieruchomościami. Również skutki wygaśnięcia prawa mogą być rozpatrywane na co najmniej dwóch płaszczyznach – relacji wewnętrznej między właścicielem gruntu a byłym użytkownikiem wieczystym, jak również relacji zewnętrznych między byłym użytkownikiem a osobami trzecimi. Do wygaśnięcia prawa prowadzi upływ czasu, rozwiązanie umowy, przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności, zrzeczenie się prawa czy konfuzja. Skutki wygaśnięcia nie są takie same dla każdego sposobu ustania prawa. Jako uniwersalny skutek należałoby wskazać ustanie odrębnej własności budynków, oraz – co nie jest wolne od kontrowersji choć uzasadnione konstrukcją prawa – także odrębnej własności lokali. Za taki skutek uznane może być także co do zasady wygaśnięcie obciążeń prawnorzeczowych, a niekiedy także i obligacyjnych. Inne konsekwencje uzależnione będą od sposobu jaki doprowadził do ustania prawa. W każdym jednak wypadku, skutki te należy rozpatrywać

w kategorii doniosłych i nieodwracalnie wpływających na zakres uprawnień użytkownika wieczystego.

Słowa kluczowe: użytkowanie wieczyste, wygaśnięcie, własność lokali, wynagrodzenie za budynki, skutki wygaśnięcia

The effects of expiry of the right of perpetual usufruct

S u m m a r y

Termination of the right of perpetual usufruct affects both the internal relationship between the owner of the land and the perpetual user as well as external relations between the user and third parties, and, to a lesser extent, it affects the course of pending proceedings. Consequences of revocation are not the same for each method of cessation of the right. It is indicated that generally the cessation of separate ownership of buildings and – what is not free of controversy – also separate ownership of premises take place. Such effect may be considered as a rule that assumes an expiry of encumbrance. Other effects are dependent on the cause of expiry. In any case, the effects which are inherent to the expiry of perpetual usufruct should be considered as affecting the user's situation very deeply.

Keywords: perpetual usufruct, expiry, ownership of premises, remuneration for buildings, the consequences of termination

Aleksandra Kozak, Jagiellonian University, Faculty of Law and Administration, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, Poland, e-mail: kozak.aleksandra@wp.pl.

*Julia Berg****PRZESTĘPSTWO HANDLU LUDŹMI – CHARAKTERYSTYKA ZJAWISKA****1. Słowo wstępne**

Handel ludźmi to przestępstwo, które z biegiem lat staje się coraz większym zagrożeniem dla podstawowych praw i wolności człowieka, ingerującym w cudze życie, nietykalność cielesną, prawo do decydowania o sobie samym. Obecnie za niepodważalny uznaje się fakt, iż ma ono charakter ponadpaństwowego¹, dotyczący większości państw na świecie. Stanowi wynik długotrwałych procesów globalizacji, integracji regionalnej i ponadnarodowej oraz otwarcia granic pomiędzy krajami Europy Zachodniej i tzw. bloku wschodniego². Nie sposób nie zauważyć, iż handel ludźmi rozpatrywać można jako współczesny przejaw niewolnictwa, wykorzystywania cudzej pracy i traktowania ludzi jako własności, nad którą ma się w pełni nieograniczoną władzę i możliwość decydowania³.

Niewolnictwo jest pojęciem, które w głównej mierze kojarzone jest z czasami starożytności⁴, w których stanowiło naturalny sposób klasyfikacji społeczeństwa oraz podziału ludzi na wolnych i niewolników, a także

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: j.berg@student.uw.edu.pl.

¹ Zgodnie z danymi przedstawionymi w *Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 2005, s. 14 – w przypadku handlu ludźmi w celu wykorzystania pracy przymusowej ok. 1 360 000 ofiar pochodziło z terenów Azji i Pacyfiku, z tzw. krajów uprzemysłowionych m.in. zachodniej Europy, Australii, Stanów Zjednoczonych – 270 000, Ameryki Łacińskiej – 250 000, Bliskiego Wschodu i Afryki Północnej – 230 000, krajów w okresie transformacji np. Polski, Rumunii, Słowacji – 200 000, Afryki – 130 000. Zgodnie z danymi przedstawionymi przez Organizację Narodów Zjednoczonych, handel ludźmi jest trzecim najbardziej dochodowym przestępstwem na świecie, po handlu bronią i narkotykami – por. M. Sobczyk, K. Przybyszewska, *Zjawisko handlu ludźmi w odniesieniu do cudzoziemców przebywających w Polsce*, Kraków 2013, s. 6.

² J. Jurewicz, *Handel ludźmi w polskim prawie karnym i prawie ponadnarodowym*, Łódź 2011, s. 163.

³ I. Biezuńska-Małowist, M. Małowist, *Niewolnictwo*, Warszawa 1987, s. 28–30.

⁴ Tamże, s. 44–46.

późniejszych epok⁵, gdzie mieliśmy do czynienia z tzw. „czarnym niewolnictwem” ukształtowanym na terenach Afryki⁶, obu Ameryk⁷ oraz z systemem plantacyjnym stanowiącym przełom w dziejach niewolnictwa o niespotykanym dotąd zasięgu. Pomimo, iż od czasów, w których niewolnictwo było zjawiskiem niezwykle powszechnym i w przeważającym stopniu legalnym minęło wiele czasu, współczesne formy eksploatacji ludzkiej pracy i wykorzystywania ludzi przybrały obecnie inny charakter, jakiemu poddać musi społeczność międzynarodowa. Dlatego też tak istotne jest przyjrzenie się tej problematyce, w celu większego uwrażliwienia społeczeństw na powszechność tego przestępstwa i jego destrukcyjny wpływ na życie i godność człowieka. Z tematyką tą związanych jest także wiele stereotypów i krzywdzących opinii, dotyczących w głównej mierze ofiary tego przestępstwa i wpływających na postrzeganie handlu ludźmi w sposób bagatelizujący problem, tworzący liczne bariery w ściganiu tego rodzaju przestępstw⁸ bazujących na ludzkim cierpieniu i ciężkiej sytuacji życiowej.

2. Aspekt kulturowy i społeczny handlu ludźmi

Jeszcze do nie tak dawna problematyka handlu ludźmi rozpatrywana była z punktu widzenia nieuwzględniającego kontekstów kulturowych i społecznych, które wpływają na coraz większą eskalację tego zjawiska. E. Zielińska⁹ podkreśla, iż prawo traktujące o problemie handlu ludźmi oraz wypracowane standardy międzynarodowe¹⁰ powstawały wyłącznie po to, by uznać określone czyny za przestępstwo handlu ludźmi, określić kary za jego popełnienie, a także usprawnić i wprowadzić jednolitą poli-

⁵ B. Nowak, *Współczesny handel ludźmi a nowożytny handel niewolnikami* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie i ściganie*, red. Z. Lasocik, Warszawa 2006, s. 33.

⁶ I. Biezuńska-Małowist, M. Małowist, *Niewolnictwo*, s. 322.

⁷ Tamże.

⁸ K. Karsznicki, *Bariery w ściganiu handlu ludźmi* [w:] *Eliminowanie handlu ludźmi w Polsce. Analiza systemu*, red. Z. Lasocik, Warszawa 2011, s. 111.

⁹ E. Zielińska, *Handel ludźmi jako naruszenie praw kobiet* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie...*, s. 179.

¹⁰ Pierwsze umowy międzynarodowe dotyczące przestępstwa handlu ludźmi powstawały już na początku XX w. m.in. Międzynarodowe Porozumienie z dnia 18 maja 1904 r. w sprawie zwalczania handlu białymi niewolnikami (Dz.U. z 1922 r. Nr 87, poz. 783) oraz Międzynarodowa Konwencja z dnia 4 maja 1910 r. o zwalczaniu handlu białymi niewolnikami (Dz.U. z 1922 r. Nr 87, poz. 783).

tykę i współpracę międzynarodową w celu skuteczniejszego zwalczania tego przestępstwa.

W literaturze spotkać się można obecnie z tezą, iż handel ludźmi jako współczesna forma niewolnictwa stanowi przestępstwo powiązane z wieloma innymi naruszeniami ładu i bezpieczeństwa państwowego, jak chociażby z istnieniem szeroko rozwijającej się przestępczości zorganizowanej, łamaniem prawa migracyjnego, a także z ogólnie pojętą dyskryminacją ze względu na płeć¹¹. Na przełomie lat 80 i 90 XX w. zaczęto dostrzegać nie tylko silne powiązanie handlu ludźmi z rozwijającą się przestępczością zorganizowaną, wymuszeniami i kryzysem migracyjnym, ale także z o wiele szerszym i bardziej zakorzenionym w kulturze spojrzeniem na sytuację kobiet w społeczeństwie oraz przemocą wobec kobiet¹². Omawiając problematykę dzisiejszego niewolnictwa, nie sposób nie zwrócić uwagi na fakt, iż handel ludźmi nie jest zjawiskiem neutralnym i niezależnym od płci, co wynika z wielu istotnych kwestii kulturowych i społecznych, które przez lata nie były brane pod uwagę przez społeczeństwa¹³, jak przede wszystkim istniejąca od wieków kultura patriarcalna¹⁴, która utrzymywała ogólne przekonanie o słabszej pozycji kobiet.

Z wielu badań¹⁵ przeprowadzonych w ostatnich latach dotyczących handlu ludźmi i analizy orzeczeń sądowych¹⁶ związanych z prowadzonymi sprawami wynika, iż to kobiety stają się w przewarżającej mierze ofiarami, zwłaszcza w celu wykorzystania seksualnego. W literaturze podnosi się, iż to właśnie „(...) w związku z feminizacją ubóstwa, dyskry-

¹¹ J. Jurewicz, *Handel ludźmi w polskim...*, s. 163.

¹² E. Zielińska, *Handel ludźmi jako naruszenie...*, s. 179–180.

¹³ G. Vermeulen, *Handel kobietami i dziećmi – perspektywa międzynarodowa* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie...*, s. 155.

¹⁴ Kultura patriarcalna rozumiana jako dominacja mężczyzn w stosunkach rodzinnych i społecznych.

¹⁵ Warto wskazać na wyniki badań w zaprezentowanym pierwszym statystycznym raporcie Unii Europejskiej, *Trafficking in human beings*, Eurostat, Statistical working paper, European Union 2015, dotyczącym przestępczości handlu ludźmi, zawierającym wyniki analizy statystycznej za lata 2010–2012 oraz na raport Organizacji Narodów Zjednoczonych, zawierający obraz zjawiska handlu ludźmi na świecie za lata 2010–2012, *Global Report on Trafficking in persons*, United Nations Office on Drugs and Crime, Nowy Jork 2014.

¹⁶ B. Namysłowska-Gabrysiaak, *Analiza orzeczeń sądowych za lata 1999-2009 w sprawach dotyczących handlu ludźmi z art. 253 kodeksu karnego oraz wybranych losowo spraw z art. 204 § 4 k.k.*, „Instytut Wymiaru Sprawiedliwości”, Warszawa 2010.

minacją ze względu na płeć oraz brakiem szans edukacyjnych i zawodowych w państwach pochodzenia, ofiarami handlu ludźmi padają głównie kobiety¹⁷. Dyskryminacja kobiet w wielu dziedzinach życia społecznego, która wciąż utrzymuje się na świecie, prowadzi wielokrotnie do sytuacji, w których kobiety decydują się na wyjazd za granicę w celu poszukiwania jakiegokolwiek zatrudnienia i stają się ofiarami handlu ludźmi. W dużej mierze to właśnie na kobietach skupia się najwięcej zagrożeń wynikających z trudnej sytuacji ekonomicznej i gospodarczej, gdy brak dla nich miejsc pracy i możliwości podjęcia legalnego zatrudnienia, które umożliwiłoby zapewnienie godnych warunków życia.

Wieloletnia dyskryminacja kobiet, a także przemoc wobec kobiet i dziewcząt, która w znacznym stopniu wciąż jawi się jako akceptowalna forma wymierzania kary żonie, matce czy córce¹⁸ powoduje, iż są one o wiele bardziej podatne na stanie się ofiarami przestępstw bazujących na strachu, manipulacji, ciężkiej sytuacji życiowej. Rozpatrując handel ludźmi jako zjawisko kulturowe nie sposób więc nie zauważyć, iż to właśnie wieloletnia dyskryminacja kobiet w prawie, tworzenie wizerunku kobiety jako uległej, słabej, stworzonej przede wszystkim do pracy w domu i niemożące poświęcić się karierze zawodowej wpłynęły w dużej mierze na to, iż płeć ma tak istotne znaczenie w rozpatrywaniu tego typu przestępstw.

B. Namysłowska-Gabrysiak wskazuje, iż w większości państw handel ludźmi jako forma przemocy wobec kobiet i wykorzystywania ich zwłaszcza w celu świadczenia usług seksualnych początkowo postrzegana była jako oderwana od ochrony praw kobiet i nie uwzględniała chęci pomocy ofiarom¹⁹. Również E. Zielińska podkreśla, iż w odniesieniu do takich przestępstw jak handel ludźmi, zgwałcenie czy przemoc domowa często pojawiają się tzw. podwójne standardy w stosunku do kobiet i mężczyzn, gdzie sprawcy handlu ludźmi, zwłaszcza w celu wykorzystania seksualnego, w przeważającej mierze mężczyźni, oceniani byli o wiele łagodniej

¹⁷ G. Vermeulen, *Handel kobietami...*, s. 154.

¹⁸ E. Zielińska, *Handel ludźmi jako naruszenie...*, s. 179–180.

¹⁹ B. Namysłowska-Gabrysiak, *Funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości w latach 1999–2009 w świetle badań spraw karnych dotyczących handlu ludźmi* [w:] *Eliminowanie...*, s. 127–128.

niż ofiary, które wielokrotnie doświadczały tzw. powtórnej wiktyimizacji, ostracyzmu społecznego, wykluczenia²⁰.

Pomimo coraz bardziej różnorodnych form²¹ wykorzystywania ludzi, większość postępowań karnych²² dotyczących handlu ludźmi w przypadku Polski dotyczyła rynku usług seksualnych. W literaturze²³ zwraca się uwagę na to, iż walka z handlem ludźmi posiada silne podłoże odnoszące się do tematyki kobiet prostytuujących się i niejednolitego stosunku do tej problematyki w różnych krajach na świecie. Wskazuje się²⁴ także, iż regulacje prawne mające za przedmiot przestępstwa, których ofiarami najczęściej stają się kobiety nie uwzględniały kobiecego punktu widzenia, kobiecych doświadczeń i prowadziły do wykluczenia oraz opresji kobiet w prawie. Niezwykle częste są sytuacje, gdy kobiety wabione poprawą warunków materialnych oraz roztaczaną przed nimi wizją uczciwego i szybkiego zarobku, stawały się ofiarami werbowników, którzy następnie zmuszali je do uprawiania prostytucji, ale to właśnie na nich w głównej mierze skupiały się negatywne skutki oraz konsekwencje natury administracyjnej oraz karnej, jak deportacja czy zakaz ponownego wstępu na teren danego państwa.

Istnienie wskazanych uwarunkowań powiązane jest z wieloma czynnikami składającymi się na sytuację kobiet w prawie, polityce, wielu dziedzinach życia publicznego oraz prywatnego. Istotne znaczenie ma także niejednoznaczny stosunek do prostytucji, traktowanie tej problematyki jako marginalnej i drugoplanowej, które prowadzi do tego, iż przestępstwo handlu ludźmi utożsamiane w społecznym przeświadczeniu głównie z wykorzystaniem seksualnym kobiet, także pozostaje tematem mało istotnym dla większości opcji politycznych oraz podlegającym wciąż niezwykle silnym stereotypom i uprzedzeniom. Spojrzenie na problematykę

²⁰ E. Zielińska, *Handel ludźmi jako naruszenie...*, s. 181.

²¹ Handel ludźmi w celu wykorzystania seksualnego, handel ludźmi w celu wykorzystania pracy przymusowej, handel narządami ludzkimi, handel dziećmi (w tym handel w celu nielegalnych adopcji), handel kobietami w celu zawarcia małżeństwa.

²² K. Karsznicki, *Ściganie przestępstwa handlu ludźmi w Polsce*, Warszawa 2010, s. 31.

²³ L.C. Ruchti, *The Influence of Gender on Human Trafficking* [w:] *Human Trafficking. Interdisciplinary perspectives*, red. Mary C. Burke, s. 94.

²⁴ B. Namysłowska-Gabrysiak, *Funkcjonowanie...*, s. 150.

handlu ludźmi w polskiej prasie, materiałach prasowych, filmowych, ale także w wypowiedziach osób odpowiedzialnych za profesjonalne udzielenie pomocy jest przykładem tego, iż w większości traktujemy takie osoby jako „przedmioty” czy „produkty”, a nie ofiary, osoby, którym potrzebna pomoc, wsparcie i zrozumienie²⁵.

Handel ludźmi stanowi przestępstwo, na które w podobnej mierze wpływają zarówno ciężkie warunki ekonomiczne i gospodarcze danego kraju, uwarunkowania kulturowe związane z dyskryminacją ze względu na płeć, a także niezwykle istotna w ostatnich latach polityka migracyjna. Po 1989 r., gdy doszło do upadku systemu komunistycznego w Polsce, a także do zniesienia kontroli granicznej i otwarcia granic pomiędzy krajami Europy, zjawisko handlu ludźmi przybrało na sile. Sprzyjało temu wiele czynników, jak przede wszystkim: wysoki wskaźnik bezrobocia, zwłaszcza w krajach tzw. bloku komunistycznego, różnice gospodarcze i społeczne pomiędzy Europą Wschodnią oraz Europą Zachodnią, zwiększenie działalności zorganizowanych grup przestępczych trudniących się w wykorzystywaniu i werbowaniu ludzi w celu szybkiego zarobienia dużych pieniędzy w oparciu o cudzą krzywdę i ciężką sytuację życiową²⁶. Dzięki otwarciu granic, poznaniu nowych możliwości dotychczas niedostępnych dla ludności żyjącej w krajach dotkniętych ustrojem totalitarnym doszło do zwiększenia możliwości zarobkowania, podróżowania, co przełożyło się na coraz większą aktywność grup przestępczych nastawionych na szybki i łatwy zysk. Ubóstwo, brak perspektyw w kraju, ogromne różnice w standardzie życia w różnych krajach, pojawienie się nowych towarów i chęć lepszego życia spowodowały, iż ludzie z krajów rozwijających się masowo ulegali i ulegają sprawcom handlu ludźmi²⁷.

W literaturze²⁸ wskazuje się, iż ogromnym problemem, jeśli chodzi o powiązanie handlu ludźmi z tematyką migracyjną jest niepewna

²⁵ M. Koss-Goryszewska, *Wizerunek handlu ludźmi i kobiety – ofiary w prasie polskiej na przykładzie Gazety Wyborczej*, Warszawa 2010, s. 4, <http://www.isp.org.pl/files/19734635060162107001278326109.pdf>.

²⁶ K. Karsznicki, *Ściganie...*, s. 96–98.

²⁷ P. Mierecki, *Zwalczanie i zapobieganie handlowi ludźmi w Polsce – próba bilansu* [w:] *Handel ludźmi w Polsce. Materiały do Raportu*, Warszawa 2007, s. 6.

²⁸ J.M. Turek, *Human security and development issues in human trafficking* [w:] *Human Trafficking. Interdisciplinary Perspectives*, red. M.C. Burke, Abingdon 2013, s. 83.

sytuacja ekonomiczna i polityczna na obszarach dotkniętych wojnami, przemianami politycznymi oraz wojnami domowymi, które w znacznym stopniu wiążą się z decyzją o opuszczeniu swojego dotychczasowego miejsca zamieszkania i ucieczką z kraju. Można to zaobserwować w dzisiejszych czasach w związku z ogromnym kryzysem migracyjnym związanym z wojną domową w Syrii i dramatem uchodźców przedostających się masowo do Europy.

W sytuacjach największych tragedii, jakimi są wojny, utrata życiowego dorobku, ludzie decydują się za wszelką cenę na opuszczenie kraju i rozpoczęcie życia za jego granicami, co wykorzystują werbownicy nastawieni na wykorzystanie czyjejś dramatycznej sytuacji. Ofiary handlu ludźmi pochodzą najczęściej z ubogich terenów, nie posiadają wyższego, czasem nawet żadnego wykształcenia i nie mają większych szans na podjęcie zatrudnienia w swoim kraju.

G. Vermeulen podkreśla, iż „(...) migracja jest «eksportem» ubóstwa, bezrobocia i napięć społecznych, ekonomicznych oraz politycznych, z którymi państwa te się borykają (...)”²⁹. Jest to niewątpliwie słuszna teza, gdyż jak wiadomo wszystkie te czynniki oddziałują na ludzi, którzy zaczynają poszukiwać nowego miejsca do życia wśród innych, bezpiecznych i bogatszych krajów. Często wskazuje się, iż właśnie w takich sytuacjach, gdy imigranci czy uchodźcy decydują się na ucieczkę z kraju stają się obiektami ataków ze strony werbowników, osób nastawionych na maksymalizację swoich zysków, kosztem ludzkiego cierpienia³⁰.

W tym miejscu warto wspomnieć także o handlu dziećmi, które jest przestępstwem szczególnie okrutnym, bazującym na wykorzystaniu i manipulowaniu najmłodszych członków społeczeństwa, którzy powinni być otoczeni szczególną ochroną przez państwo. Podobnie jak w przypadku grupy społecznej, do której należą kobiety, dzieci również często stają się ofiarami ze strony osób dorosłych, bazujących na ich ciężkim położeniu lub wykorzystując ich niedojrzałość emocjonalną. Szczególnie narażone na stanie się ofiarami są dzieci przebywające w ośrodkach wychowawczo-opiekuńczych, pozbawione trwałej opieki ze strony opiekunów,

²⁹ G. Vermeulen, *Handel kobietami...*, s. 158.

³⁰ J.M. Turek, *Human...*, s. 83.

a także dzieci, które były już wcześniej narażone na inne formy przemocy (m.in. doświadczające przemocy w rodzinie, będące ofiarami przestępstwa zgwałcenia, prześladowane).

Dzieci stanowią grupę szczególnie podatną na różnego rodzaju obietnice odnoszące się do poprawy ich warunków bytowych, bazujące na fałszywym poczuciu bezpieczeństwa, zrozumienia i otoczenia opieką. Maloletni zmagający się z ubóstwem, wykluczeniem, często mierzący się z brakiem perspektyw w zakresie odpowiedniej edukacji, możliwości legalnego zatrudnienia, nierzadko sięgają po alternatywne formy mogące w ich mniemaniu przyczynić się do poprawy sytuacji życiowej – prace „na czarno”, prace sezonowe.

Na koniec rozważań dotyczących powiązania przestępstwa handlu ludźmi z czynnikami ekonomicznymi, kulturowymi i społecznymi warto jedynie zasygnalizować problem, jakim jest duże przyzwolenie i tolerancja dla tego zjawiska, które zaobserwować można zarówno w środkach masowego przekazu, w społecznym przeświadczeniu, jak i w sferze polityki, która przedstawia ten problem jako sprawę drugoplanową³¹. Wśród większości opcji politycznych brak jest pomysłów na to, w jaki sposób walczyć z handlem ludźmi, co może być postrzegane jako przyzwolenie na zaistniałą sytuację łamania praw człowieka i wykorzystywania ludzi do pracy przymusowej czy prostytucji. Należy więc zwrócić uwagę, iż punkt widzenia i stosunek do handlu ludźmi, a zwłaszcza jego ofiar powinien ulec zmianie i skupić się w głównej mierze na chęci niesienia pomocy i poprawy systemu eliminowania tego przestępstwa.

3. Formy handlu ludźmi

Handel ludźmi występuje w wielu, coraz nowszych formach. Do najczęściej występujących w Europie form należy zwłaszcza handel ludźmi w celu świadczenia usług seksualnych, handel w celu wykorzystania do pracy przymusowej, handel narządami, tkankami i komórkami ludzkimi oraz handel dziećmi³², na który składają się różnego rodzaju formy

³¹ M. Koss-Goryszewska, *Wizjonerka...*, s. 4.

³² K. Karsznicki, *Ściganie...*, s. 95–110.

wyzysku dzieci (zarówno w celach seksualnych, pracy przymusowej, pobierania narządów i tkanek, a także w celu nielegalnej adopcji). Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii przyjęty 25 maja 2000 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.) wyróżnia najczęstsze formy handlu dziećmi zaliczając do nich dziecięcą prostytucję, polegającą na wykorzystywaniu dzieci do czynności seksualnych za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek inną formę rekompensaty, dziecięcą pornografię, polegającą na pokazywaniu za pomocą dowolnych środków, dzieci uczestniczących w rzeczywistych lub symulowanych czynnościach seksualnych³³, a także pracę dzieci.

Na wstępie rozważań dotyczących różnych form popełniania przestępstwa handlu ludźmi wskazać należy, iż to jest to zjawisko, które wyjątkowo trudno oszacować. Działalność grup przestępczych zajmujących się handlem ludźmi cały czas się zmienia i zmieniają się także formy jego popełniania³⁴. Jak podkreśla Z. Lasocik³⁵ „(...) zmienia się w zasadzie wszystko, poczynając od specyfiki i sposobów działania grup przestępczych, poprzez formy handlu ludźmi jako takiego, sposoby zniewolenia ofiar, na pochodzeniu i profilu ofiar kończąc”. Brak możliwości mówienia o przestępstwie handlu ludźmi w sposób syntetyczny wynika nie tylko z różnorodności jego form, ale także ze względu na fakt, iż jest to niezwykle trudne do oszacowania przestępstwo. Taki stan rzeczy ma swoje źródło w wielu przyczynach, wśród których wymienia się zwłaszcza: brak odpowiedniego zainteresowania problemem władz krajowych, instytucji publicznych³⁶, mediów, ogromna liczba nieujawnionych przestępstw, a co za tym idzie – znikoma ilość rzetelnych badań na ten temat oraz realnych danych odnoszących się do rzeczywistej skali zjawiska.

³³ E. Morawska, *Handel ludźmi z perspektywy systemu ochrony praw człowieka ONZ* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie...*, red. Z. Lasocik, Warszawa 2006, s. 71.

³⁴ J. Bryk, M. Kobylas, I. Malinowska, *Handel ludźmi – wykorzystanie narzędzi analitycznych w procesie wykrywania sprawców*, Szczytno 2014, s. 21–25.

³⁵ Z. Lasocik, *O handlu ludźmi w Polsce, czyli o ewolucji zjawiska i budowie systemu jego eliminowania*, „Archiwum Kryminologii” 2012, t. XXXIV, s. 483.

³⁶ Tamże.

Pomimo tego, jako najpowszechniejszą formę handlu ludźmi wyróżnia się wykorzystanie w celu świadczenia usług seksualnych, którego ofiarami najczęściej padają kobiety oraz dzieci³⁷ – w Polsce większość postępowań karnych prowadzonych na przełomie lat 1995-2002 dotyczyła przestępstwa handlu ludźmi w celu wykorzystania seksualnego³⁸, dlatego też jest to stosunkowo najszerzej opisane zjawisko. Wśród tej formy przestępstwa handlu ludźmi wymienić można różne obszary wykorzystywania ludzi zarówno w celu prostytucji, pornografii, striptizu, a także kupowania żon³⁹.

B. Namysłowska-Gabrysiak⁴⁰ wskazuje, iż z przeanalizowanych spraw dotyczących form handlu ludźmi zakończonych prawomocnym wyrokiem w Polsce od dnia 1 września 1998 r. do 2009 r., wynika, iż najczęściej występującą i wykrywaną w Polsce formą handlu ludźmi jest handel w celu wykorzystania seksualnego. Duża skala⁴¹ tego zjawiska występująca na terenach Europy stanowi skutek przemian ustrojowych, które nastąpiły w Europie po upadku komunizmu i zniesieniu kontroli granicznej pomiędzy państwami Unii Europejskiej, w wyniku czego wiele kobiet postanowiło opuścić swoje dotychczasowe miejsce zamieszkania i udać się do pracy za granicę.

Z badań⁴² zaprezentowanych przez Z. Izdebskiego, który przedstawił charakterystykę prostytucji w Polsce na podstawie relacji 400 kobiet świadczących takie usługi wynika, iż większość badanych kobiet (60%) podjęła się wykonywania tego rodzaju czynności z powodu trudnej sytuacji ekonomicznej, kierowała się przede wszystkim obietnicami szybkiego zarobku oferowanego przez werbowników do pracy za granicą⁴³. Większość z nich została podstępnie zwabiona do świadczenia usług seksualnych, początkowo przekonywana atrakcyjnymi warunkami pracy przedstawianymi przez

³⁷ B. Namysłowska-Gabrysiak, *Funkcjonowanie...*, s. 148–149.

³⁸ Z. Lasocik, *O handlu...*, s. 501.

³⁹ *Trafficking of Women and Girls into Forced Prostitution and Coerced Marriage* [w:] *The Human Rights Watch Global Report on Women's Human Rights*, New York, Washington, Los Angeles, London, Brussels, s. 196, <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/general958.pdf>.

⁴⁰ B. Namysłowska-Gabrysiak, *Funkcjonowanie...*, s. 148–149.

⁴¹ Z. Izdebski, *Handel ludźmi a prostytucja* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie...*, s. 275–288.

⁴² Tamże.

⁴³ Tamże.

pośredników. Oferowali oni najczęściej zatrudnienie w ośrodkach pomocy społecznej, domach opieki, restauracjach i domach prywatnych⁴⁴.

Z. Izdebski podkreśla, iż relacje pomiędzy kobietami, które bądź świadomie zdecydowały się świadczyć usługi seksualne za granicą, bądź zostały do tego zmuszone, przedstawiają się dość podobnie i bazują na zależności od sprawców⁴⁵. Kobiety w większości sytuacji wykorzystywania ich do prostytucji czy pornografii pozostają zastraszone, poniżane, a także stosuje się wobec nich przemoc fizyczną, w tym także seksualną⁴⁶.

Istotne w kontekście problematyki wykorzystania ludzi w celu świadczenia usług seksualnych jest różnorodne⁴⁷ podejście do tematu prostytucji oraz legalności⁴⁸ tego procederu wśród państw europejskich, które wprowadzają różne sposoby karalności lub legalizacji prostytucji, stanowiące ogromną barierę w skutecznym ściganiu przestępstwa handlu ludźmi ściśle powiązanego z wykorzystaniem seksualnym.

Kolejną formą jest handel ludźmi w celu wykorzystania pracy przymusowej. Praca przymusowa stanowi taki rodzaj pracy, której wykonywanie nie posiada cech dobrowolności i jest kontynuowane w warunkach wykluczających swobodne powzięcie decyzji o jej dalszym świadczeniu⁴⁹. Werbowanie i przemycanie ludności w celu wykonywania pracy przymusowej może przybrać postać świadczenia usług seksualnych, jak i wykonywania pracy niezwiązanej z branżą seksualną, czyli tzw. pracy przymusowej w celu wykorzystania ekonomicznego⁵⁰. Zgodnie z art. 2 Konwencji nr 29 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej pracy przymusowej lub obowiązkowej, przyjętej w Genewie 28 czerwca 1930 r.

⁴⁴ K. Karsznicki, *Ściganie...*, s. 96.

⁴⁵ Z. Izdebski, *Handel ludźmi a prostytucja...*, s. 275–288.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ K. Karsznicki, *Ściganie...*, s. 96–99.

⁴⁸ Według podziału przedstawionego w raporcie „Regulacje państw członkowskich dotyczące prostytucji oraz handlu kobietami i dziećmi”, wśród państw członkowskich UE wyróżnia się najczęściej 4 modele systemów reglamentujących zjawisko prostytucji: klasyczny abolicjonizm, nowy abolicjonizm, system prohibicyjny oraz system regulacyjny.

⁴⁹ Z. Lasocik, E. Wieczorek, *Handel ludźmi do pracy przymusowej w Polsce – raport z badań*, Warszawa 2010, s. 10–11.

⁵⁰ B. Andrees, *Praca przymusowa jako forma handlu ludźmi* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie...*, s. 191–193.

(Dz.U. z 1959 r., Nr 20, poz. 122), praca przymusowa lub obowiązkowa oznacza wszelką pracę lub usługi wymagane od jakiejś osoby pod groźbą jakiegokolwiek kary, do których dana osoba nie zgłosiła się dobrowolnie. Pracą przymusową może być więc każda działalność, która została podjęta w sytuacji groźby, podstępny itp.

Istotne w kontekście pracy przymusowej w przypadku Polski jest to, iż jest ona krajem zarówno pochodzenia ofiar (werbowanych w głównej mierze do pracy na zachodzie Europy), krajem tranzytowym oraz krajem docelowym (dla ofiar pochodzących z wschodniej części Europy, głównie Ukrainy, Rumunii, Białorusi czy Rosji⁵¹). W równie wysokim stopniu wykorzystuje się w Polsce pracę ludzi przybywających z krajów Dalekiego Wschodu, jak chociażby Bangladeszu, Wietnamu, Azerbejdżanu czy Korei Północnej⁵². Formy pracy przymusowej ulegają przeobrażeniom, natomiast wśród sektorów gospodarki najbardziej narażonych na nielegalne wykorzystywanie cudzej pracy wymienia się w pierwszej kolejności: budownictwo, górnictwo, rolnictwo, prace sezonowe, przemysł spożywczy i odzieżowy oraz wykorzystywanie do pracy w tzw. gospodarstwie domowym, zwłaszcza kobiet jako sprzątaczek czy opiekunek⁵³.

W opracowaniach⁵⁴ dotyczących wykorzystania ludzi do pracy przymusowej zauważyć można, iż sposób działania sprawców zazwyczaj pozostaje taki sam i bazuje na wprowadzeniu w błąd co do warunków pracy, sposobów jej świadczenia, często nawet co do samego charakteru wykonywanej pracy. Oferty przedstawiane przez werbowników z reguły odbiegają od rzeczywistych warunków zastanych na miejscu pracy – praca taka związana jest z całkowitym poddaństwem pracowników osobom, które sprawują stałą kontrolę nad wykorzystywanymi ludźmi, odcinają ich od kontaktów ze światem zewnętrznym, przetrzymują ich w upokarzających

⁵¹ P. Dąbrowski, *Praca przymusowa cudzoziemców w Polsce – analiza zjawiska w wybranych grupach imigranckich*, Warszawa 2014, s. 67.

⁵² *Badanie handlu ludźmi do pracy przymusowej w Polsce – Sektory w gospodarce podatne na wykorzystanie ludzi do pracy przymusowej oraz struktura pomocy dla ofiar pracy przymusowej w Polsce [w:] Międzynarodowe działania partnerów społecznych na rzecz zwalczania handlu ludźmi w celu wykorzystywania ich przez pracę. Identyfikacja i ochrona ofiar*, Warszawa 2010.

⁵³ Tamże.

⁵⁴ Z. Lasocik, E. Wieczorek, *Handel ludźmi do pracy...*, s. 43.

warunkach, w których brak jest podstawowych urządzeń sanitarnych. Bardzo częstą sytuacją jest tzw. praca za długi – w takim przypadku werbownicy z wynagrodzenia za pracę pobierają niekończący się dług, który w większości pochłania całkowicie wynagrodzenie za pracę bądź stanowi jego przeważającą część. Sprawcy handlu ludźmi tłumaczą to długiem zaciągniętym przez pracowników w celu przekroczenia granicy, uzyskania miejsca pracy, a także często dostarczeniem fałszywych dokumentów potrzebnych do przekroczenia granicy i podjęcia zatrudnienia. Z. Lasocik podkreśla, iż „Niewypłacenie pensji ofiarom, bądź wypłacenie niewielkiej tylko części, dotyczyło wszystkich przypadków pracy przymusowej w Polsce, jak i Polaków wykorzystywanych za granicą (...)”⁵⁵.

Należy także pamiętać, iż nie zawsze w przypadku pracy przymusowej mamy do czynienia z handlem ludźmi⁵⁶, natomiast trzeba wskazać, iż samo wykorzystanie do pracy przymusowej stanowić może sytuację zniewolenia⁵⁷ bądź wyzysku⁵⁸.

Za ofiarę handlu ludźmi pracującą przymusowo uważa się człowieka, który został wywieziony z własnego kraju przy pomocy pośrednika, najczęściej przy zastosowaniu przez niego podstępny czy manipulacji, który następnie przejmuje całkowitą kontrolę nad zwerbowanym pracownikiem⁵⁹. Podstawowym czynnikiem, który występuje w przypadku przestępstwa handlu ludźmi w celu wykorzystania pracy przymusowej jest więc sprawowanie stałej kontroli nad taką osobą, istnienie jego bezwzględnej zależności od osoby werbującej przypominające stosunek poddańczy, w którym pracownik pozbawiony jest jakichkolwiek praw. Według informacji zawartych w Podręczniku Inspektorów Pracy dotyczących pracy

⁵⁵ Tamże, s. 45.

⁵⁶ B. Andrees, *Praca...*, s. 193.

⁵⁷ Konwencja Ligi Narodów w sprawie niewolnictwa (Dz.U. z 1930 r. Nr 6, poz. 48), zgodnie z którą niewolnictwem jest stan, w którym postępuje się wobec człowieka jak wobec przedmiotu, rzeczy.

⁵⁸ Zgodnie z art. 304 k.k. z 1997 r. (Dz.U. Nr 88, poz. 553), kto wyzyskując przymusowe położenie innej osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, zawiera z nią umowę, nakładając na nią obowiązek świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

⁵⁹ Z. Lasocik, E. Wieczorek, *Handel ludźmi do pracy...*, s. 52.

przymusowej jako formy handlu ludźmi⁶⁰ należy także odróżniać warunki pracy poniżej normy od pracy przymusowej, która wiąże się przede wszystkim ze stosowaniem przymusu i oszustwa, a także nieustannego poczucia uzależnienia od sprawcy. Pracą w warunkach poniżej normy określa się pozostawanie w stosunku pracy, która pomimo, że nie spełnia oczekiwań pracownika, z powodu braku perspektyw i innych możliwości jest utrzymywana przez określony czas⁶¹.

Kolejną formą handlu ludźmi jest handel narządami ludzkimi, który jest powiązany z silnie rozwijającą się medycyną transplantacyjną⁶² oraz ogromnym zapotrzebowaniem ratujących ludzkie życie narządów, tkanek i komórek.

Problematyka dotycząca handlu ludzkimi narządami jest szczególnie ciężka do rozpoznania i stanowi ogromne wyzwanie dla społeczności międzynarodowej, ponieważ niełatwo jest scharakteryzować, iż rzeczywiście mamy do czynienia z handlem ludźmi w celu nielegalnego i bezwiednego pobrania tkanki, narządu czy komórki ofiary⁶³. W literaturze⁶⁴ podkreśla się bowiem, iż po wejściu w życie znowelizowanej ustawy transplantacyjnej ogromną popularność zdobyły internetowe ogłoszenia oferujące sprzedaż własnego organu czy tkanki i informacje o ich cenie, stanie zdrowia czy nalogach osoby sprzedającej, które oferowane są przez samych dawców.

Problematyka powiązana z handlem ludzkimi narządami pozostaje w ścisłym związku z pytaniami o możliwość rozporządzenia i dysponowania własnym ciałem, a także o legalność sytuacji, gdy sprzedając część swojego ciała staramy się ratować życie osób nam najbliższych.

W związku z postępującą komercjalizacją ludzkich narządów, przestępczość handlu ludźmi w celu pobrania tkanek, narządów i komórek

⁶⁰ B. Andrees, *Praca...*, s. 5.

⁶¹ Tamże.

⁶² K. Syroka, *Komercjalizacja ciała ludzkiego [w:] Handel narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*, red. Z. Lasocik, E. Rekosz, Warszawa 2011, s. 13.

⁶³ Z. Lasocik, *Wstęp [w:] Handel narządami ludzkimi. Etyka, prawo i praktyka*, red. Z. Lasocik, M. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 10–11.

⁶⁴ Z. Lasocik, E. Rekosz, *Handel narządami...*, s. 8–11.

stanowi rodzaj przestępczości szczególnie trudnej do wykrycia i wyjątkowo słabo rozpoznanej.

Niewątpliwie wszelkie zaprezentowane formy handlu ludźmi oraz inne, mniej rozpowszechnione formy stanowią ogromne zagrożenie dla społeczności międzynarodowej. Potrzebna jest powszechna debata nad stanem wiedzy na temat handlu ludźmi, możliwych sposobach walki z tym przestępstwem oraz zmianą postrzegania ofiar tego okrutnego zjawiska, stanowiącego najwyższe zagrożenie dla życia i godności człowieka.

Przestępstwo handlu ludźmi w dzisiejszych czasach stanowi wyjątkowo złożone i dynamicznie rozwijające się zjawisko, którego prawdopodobnie nie uda się jednoznacznie wyeliminować, i które ze względu na coraz nowsze formy jego popełniania, trudności z jego wykrywaniem i rozpoznawaniem, a także skomplikowaną strukturę powinno stać się przedmiotem o wiele większego zaangażowania nie tylko społeczności międzynarodowej, ale także społeczeństwa obywatelskiego.

4. Handel ludźmi w polskim porządku prawnym

Do czasu wejścia w życie nowelizacji z dnia 8 września 2010 roku⁶⁵ problematyka handlu ludźmi była uregulowana w kilku przepisach wykazujących się dużą niejednoznacznością i niekonsekwencją, która w rezultacie prowadziła do wielu trudności i rozbieżności w interpretacji prawnej⁶⁶.

Upřednio przestępstwo handlu ludźmi uregulowane było w art. 253 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137) – dalej: k.k. – zgodnie z którym kto uprawiał handel ludźmi nawet za ich zgodą podlegał karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata. Takie uregulowanie jednego z najcięższych przestępstw przeciwko wolności i życiu człowieka powodowało liczne protesty i głosy

⁶⁵ Tego dnia weszła w życie ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2010 r. Nr 98, poz. 626).

⁶⁶ B. Namysłowska–Gabrysiak, *Funkcjonowanie...*, s. 137.

krytyki⁶⁷ ze strony środowisk zajmujących się tym zjawiskiem, traktując je jako zbyt ogólne, niejasne i budzące wiele wątpliwości.

Oprócz przepisu bezpośrednio odwołującego się do przestępstwa „handlu ludźmi” istniał również art. 204 § 4 k.k. określający karę pozbawienia wolności dla osoby, która zwabiała lub uprowadzała inną osobę w celu uprawiania prostytucji za granicą. Wielu Autorów⁶⁸ wskazywało również na niejasny stosunek obu przepisów do art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 554) mówiącego o oddaniu innej osoby w stan niewoli lub uprawianie handlu niewolnikami, który w rzeczywistości pozostawał jedną z form handlu ludźmi.

W związku z wieloma kontrowersjami i niejednorodną praktyką stosowania regulacji odnoszących się do przestępstwa handlu ludźmi, ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2010 r. Nr 98, poz. 626), doszło do zmiany uregulowania odnoszącego się do handlu ludźmi i wprowadzenia jego definicji. Należy zaznaczyć, iż nowa regulacja wcale nie doprowadziła do pożądanej przejrzystości i jednoznaczności i po dziś dzień budzi wiele kontrowersji⁶⁹.

Zwrócić uwagę należy również na fakt, iż na wejście w życie nowelizacji oraz wprowadzenie do k.k. z 1997 r. definicji „handlu ludźmi” duży wpływ miały m.in. zobowiązania Polski wynikające z ratyfikowanego przez Polskę w dniu 18 sierpnia 2003 r. protokołu o zapobieganiu, zwalczaniu

⁶⁷ Por. M. Bojarski [w:] *Prawo karne materialne. Część szczególna i ogólna*, red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Warszawa 2004, s. 485; Z. Cwiakalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz*, red. A. Zoll, t. 2, s. 896; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 293; O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski [i in.], *Kodeks karny Komentarz*, t. 2, Gdańsk 2005, s. 332; F. Jasiński, E. Zielińska, *Komentarz do decyzji ramowej*, s. 560; K. Karsznicki, *Handel kobietami w świetle spraw karnych*, Prok. i Pr. 2002, nr 12, s. 67; K. Laskowska, *Handel ludźmi jako problem prawny i kryminologiczny*, WPP 2004, nr 2, s. 29–39; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 653; J. Warylewski, *Karalność handlu żywym towarem w świetle nowego kodeksu karnego*, „Palestra” 2000, nr 7–8, s. 43–56; a także orzecznictwo sądowe: wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2002 r., V KKN 353/00, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11, poz. 4; wyrok SN z dnia 7 czerwca 2001 r., V KKN 109/99, OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 79.

⁶⁸ B. Namysłowska–Gabrysiak, *Funkcjonowanie...*, s. 11.

⁶⁹ O. Sitarz, *Analiza przepisów prawno-karnych dotyczących zjawiska handlu ludźmi* [w:] *Eliminowanie...*, s. 12.

oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniającego Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r., a także decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej 2002/629/WSiSW z dnia 19 lipca 2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi (Dz.Urz. WE L 203, s. 1), który to zobowiązywał państwa do penalizacji wskazanych czynów.

Obecnie problematyka dotycząca przestępstwa handlu ludźmi uregulowana jest w art. 189a § 1 k.k., zgodnie z którym kto dopuszcza się handlu ludźmi podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. Ponadto obecnie obowiązujący przepis przewiduje także odpowiedzialność karną przygotowania do popełnienia przestępstwa, za które podlega się karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Definicja handlu ludźmi znajduje się w art. 115 § 22 k.k., w miejscu przeznaczonym do objaśnienia wyrażeń ustawowych. Zgodnie z tą definicją handlem ludźmi jest werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem: przemocy lub groźby bezprawnej, uprowadzenia, podstępu, wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności, udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą – w celu jej wykorzystania, nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub w usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Do definicji dodano również zdanie odnoszące się do handlu osobami małoletnimi, które stanowi handel ludźmi nawet przy niewykorzystaniu metod czy środków wymienionych w powyższej definicji.

Pomimo tego, iż wprowadzenie definicji handlu ludźmi ma swoje niewątpliwie istotne znaczenie dla penalizacji określonych zachowań oraz ułatwia dokonywanie kwalifikacji prawnej czynów⁷⁰, uwzględnić należy

⁷⁰ K. Karsznicki, *Bariera...*, s. 114.

zarzuty pod kątem tak kazuistycznego katalogu czynności znajdującego się w zawartej definicji, które uznaje się za przestępstwo handlu ludźmi. Takie wyliczenie, które obecnie znajduje się w polskim Kodeksie karnym prowadzić może do pominięcia niektórych równie niebezpiecznych form i wystąpienia luki w prawie, na co wskazują liczni Autorzy⁷¹. Należy przy tym pamiętać, iż przestępczość ta podlega różnorodnym przeobrażeniom, a sprawcy podejmują coraz to nowsze działania i sposoby jej dokonywania, dlatego też często powraca się do sugestii, iż definicja ta powinna mieć charakter otwarty (co, jeszcze przed nowelizacją wskazywała E. Zielińska podkreślając, iż w przypadku pojawienia się nieznanych dotąd i nieskodyfikowanych form handlu ludźmi nie będzie skutkowało to koniecznością wprowadzenia kolejnej nowelizacji)⁷².

M.J. Sokołowska-Walewska przedstawia zarzut, zgodnie z którym wprowadzona definicja zawęży zakres karalności zachowań mogących stanowić handel ludźmi w stosunku do poprzednio obowiązującego art. 253 § 1 k.k.⁷³ Ustawodawca przychylił się do wprowadzenia zbyt kazuistycznego i zamkniętego katalogu, który jako czynności składające się na handel ludźmi zaliczył tylko: werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie oraz przyjmowanie. Pozostawia poza obszarem objętym karalnością inne formy działalności, które także mogą składać się na to przestępstwo.

O. Sitarz wskazuje także na równie niepokojącą kwestię związaną z określeniem w definicji celu, czyli wykorzystania osoby nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania w pracy lub w usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub w innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy, co wskazuje z kolei na otwartość form wykorzystania ofiary poprzez sformułowanie „w szczególności”⁷⁴.

⁷¹ O. Sitarz, *Wątpliwości...*, s. 340; B. Namysłowska-Gabrysiak, *Funkcjonowanie...*, s. 143.

⁷² E. Zielińska, *O potrzebie zmian kodeksu karnego w związku z ratyfikacją Protokołu o zapobieganiu oraz karaniu handlu ludźmi*, St. Iur. 2006, t. 46.

⁷³ M.J. Sokołowska-Walewska, *Definicja handlu ludźmi na tle prawa międzynarodowego*, Prok. i Pr. 2012, nr 5, s. 104.

⁷⁴ O. Sitarz, *Analiza...*, s. 18.

Autorka ta podkreśla, że może być to rozumiane jako niekonsekwencja ustawodawcza, która z jednej strony określa karalność zachowań kierunkowych, natomiast robi to w sposób niepełny i ogólnikowy⁷⁵.

Na gruncie poprzednio obowiązującego art. 253 § 1 k.k. nie istniało podobne zawężenie kryminalizowanych czynów wyłącznie do kierunkowości przestępstwa, a wręcz przeciwnie, brano pod uwagę wówczas obie postaci zamiaru.

O. Sitarz podkreśla także, iż nowe regulacje stwarzają także szereg bardziej szczegółowych problemów, dotyczących m.in. relacji pomiędzy niektórymi z wymienionych w definicji pojęciami⁷⁶, jak chociażby: podstęp i wprowadzenie w błąd, czy uprowadzenie a przemoc. Według Autorki jest to zbyt szczegółowe wyliczenie, które powoduje „(...) wyliczanie wszystkich fenomenologicznych odmian patologicznych zachowań”⁷⁷, co prowadzi do dodatkowych niejasności i nie przyczynia się do zwiększenia przejrzystości danego przepisu.

Istotne jest zauważenie, iż w związku z pojawieniem się definicji handlu ludźmi, art. 189a § 1 k.k. penalizujący handel ludźmi musi być interpretowany nierozłącznie z art. 115 § 22 k.k. oraz musi uwzględniać zamieszczoną tam definicję.

W kontekście polskiego prawa warto wspomnieć także o wielu innych aktach prawnych, które składają się na system eliminowania handlu ludźmi w Polsce. Należy do nich m.in. ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2015 r. poz. 793) – dalej: u.p.p.p., która stanowi istotną regulację w kontekście handlu narządami ludzkimi. Artykuł 3 u.p.p.p. stanowi, iż za pobieranie od dawcy komórki, tkanki lub narządu nie można żądać ani przyjmować zapłaty lub innej korzyści majątkowej, co stanowi uzupełnienie wielu międzynarodowych regulacji, które również odnoszą się do problematyki nielegalnego usuwania i pobierania organów ofiary⁷⁸. Ustawa określa również zakres dozwolonej ingerencji w cudze ciało

⁷⁵ Tamże.

⁷⁶ O. Sitarz, *Wątpliwości...*, s. 341.

⁷⁷ Tamże.

⁷⁸ O. Sitarz, *Kryminalizacja odpłatnych czynności związanych z transplantacją* [w:] *Handel narządami...*, s. 25–26.

i możliwości bezpłatnego pobierania i przeszczepiania narządów dawcy, przy zachowaniu określonych procedur i warunków⁷⁹.

W kontekście handlu ludźmi w celu wykorzystania pracy przymusowej, istotne jest uregulowanie dotyczące działalności Państwowej Inspekcji Pracy, która w Polsce stanowi podstawową instytucję nadzorującą i kontrolującą stosowanie przepisów prawa pracy oraz legalności zatrudnienia. Ważną rolę w zakresie rozpoznawania przypadków pracy przymusowej i handlu ludźmi spełniają inspektorzy pracy, którzy w ramach swoich uprawnień dysponują środkami mogącymi wykryć przypadki naruszenia praw pracowniczych. Inspektorzy na podstawie ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (Dz.U. z 2015 r. poz. 640) mają m.in. prawo wstępu na teren zakładu pracy, bez względu na porę dnia czy nocy, możliwość zadawania pytań, sprawdzania dokumentów, pobierania dowodów oraz kontrolowania przestrzegania przepisów dotyczących legalności zatrudnienia⁸⁰.

Na podstawie przytoczonych powyżej przepisów, które nie wyczerpują całego systemu prawnego eliminowania handlu ludźmi w Polsce można zauważyć, iż istnieją podstawy, dzięki którym walka z tym przestępstwem mogłaby stać się efektywniejsza i prowadziłaby do znacznie większej ochrony ofiar handlu ludźmi. Wskazać należy jednak, iż skomplikowane procedury dążące do ujawnienia różnych form handlu ludźmi, błędy związane z kwalifikacją prawną czynu oraz działalność organów ścigania powodują, że bardzo często sprawy dotyczące handlu ludźmi zostają umorzone⁸¹.

5. Podsumowanie

Handel ludźmi to przestępstwo o niezwykle złożonym i wieloaspektowym charakterze. Jak można zauważyć, jest ono powiązane z wieloma czynnikami kulturowymi, społecznymi i ekonomicznymi danego kraju oraz ogólną sytuacją międzynarodową. W kontekście prób stworzenia jednolitego

⁷⁹ M. Jakubowska-Brodecka, *Podstany prawne systemu eliminowania handlu ludźmi w Polsce* [w:] *Eliminowanie...*, s. 37.

⁸⁰ B. Andrees, *Praca...*, s. 25.

⁸¹ K. Karsznicki, *Bariery...*, s. 119–120 – Autor przedstawia dane statystyczne Prokuratury Krajowej, z których wynika, że na 434 postępowania karne dotyczące handlu ludźmi zakończone w latach 1995–2007, 124 zostały umorzone.

systemu eliminowania handlu ludźmi w Polsce trzeba brać pod uwagę przede wszystkim przyczyny ogromnej skali tego zjawiska i pojawiania się nowych czynników wpływających na jego rozwój. Niewątpliwie zarówno w kwestii walki z tym przestępstwem, jak i w sposobach jego eliminowania jest jeszcze wiele do zrobienia, choć zauważyć można pewne pozytywne zmiany w kierunku efektywniejszego rozpoznawania i penalizacji handlu ludźmi. Eliminowanie handlu ludźmi jest procesem długotrwałym i trudnym, w praktyce bowiem wiele zmienić się musi także, jeśli chodzi o społeczne przeświadczenie oraz wiedzę instytucji i organów państwa w tym zakresie.

Wielu Autorów⁸² wskazuje na konieczność tworzenia jednolitej struktury organizacyjnej organów i instytucji zaangażowanych w walkę z handlem ludźmi, dogłębnego badania zjawiska i prób stworzenia danych mogących jeszcze bardziej przybliżyć nas do skali tego przestępstwa oraz rozróżnienia jego wszechstronnych form. Kluczową kwestią, jeśli chodzi o sposób walki z tym okrutnym przestępstwem, powinna być także działalność prewencyjna oraz podnoszenie świadomości i kwalifikacji osób zajmujących się walką z handlem ludźmi. Uświadamianie społeczeństwa i uwrażliwianie ludzkości na tę problematykę powinno obejmować edukację w szkołach od najmłodszych lat, dzięki czemu można byłoby uniknąć wielu sytuacji, w której ofiarami stają się dzieci czy też nieświadome zagrożenia osoby pełnoletnie. Ponadto ważne jest zwrócenie uwagi na podnoszenie kwalifikacji służb i instytucji zajmujących się handlem ludźmi oraz mających styczność z ofiarami tego przestępstwa. Jest to ważne nie tylko w kontekście efektywniejszych sposobów eliminowania handlu ludźmi, ale także w związku z koniecznością zmiany obrazu osób dotkniętych tym przestępstwem i chęci niesienia pomocy ofiarom. Niewątpliwie duże znaczenie odgrywają w tym aspekcie także organizacje pozarządowe zajmujące się badaniami nad handlem ludźmi i pomocą ofiarom jak chociażby Fundacja La Strada, która od wielu lat stanowi czołową instytucję zajmującą się walką z handlem ludźmi i niewolnictwem. Warto wspomnieć tu także o działalności Krajowych Programów Zwalczenia i Zapobiegania Handlowi Ludźmi, które realizowane są od kilku lat w naszym kraju. Do ich zadań należy

⁸² J. Filipowicz, *Analiza Krajowych Programów Zwalczenia i Zapobiegania Handlowi Ludźmi oraz Raportów z ich wykonania w latach 2003-2010* [w:] *Eliminowanie...*, s. 47–61; Z. Lasocik, *Potrzebna jest nowa jakość* [w:] *Eliminowanie...*, s. 171–175.

przede wszystkim szerzenie informacji na temat przestępstwa handlu ludźmi oraz sposobów jego eliminacji, współpraca z różnego rodzaju organizacjami, instytucjami i organami odpowiedzialnymi za wykrywanie i ściganie sprawców, a także działalność prewencyjna – edukacja, zbieranie i tworzenie danych odnoszących się do skali zjawiska handlu ludźmi w Polsce.

Podkreślić należy również fakt, iż pomimo coraz większego zainteresowania społeczeństwa tym przestępstwem, istnienia wielu aktów prawa międzynarodowego odnoszących się do handlu ludźmi, tematyka ta pozostaje wciąż postrzegana przez pryzmat licznych stereotypów i uprzedzeń. Język stosowany w celu opisanie ofiar handlu ludźmi, wciąż zauważalne uzasadnienia do wyroków oraz zawarta w nich argumentacja doszukująca się także winy w ofierze powoduje, iż przestępstwo to jest wciąż traktowane jako drugoplanowy, marginalny problem.

Należy pamiętać także, iż dużo zależy od nastawienia społeczeństwa oraz sposobu przekazywania informacji, który w znaczny sposób oddziałuje na opinię publiczną, dlatego tak ważne jest, by do problemu podchodzić w sposób rzetelny i poważny.

Streszczenie

Przestępstwo handlu ludźmi to niezwykle poważny problem, z którym od lat zmagają się społeczności międzynarodowe. Na złożoność tego przestępstwa wpływa wiele aspektów społecznych i kulturowych, które przybrały na sile w związku ze zmianami politycznymi rozpoczętymi w latach 90. XX w. Istotne w kontekście poruszanej problematyki jest silne powiązanie handlu ludźmi z kwestią dyskryminacji ze względu na płeć, kryzysu polityki migracyjnej oraz ciężkiej sytuacji ekonomicznej i gospodarczej krajów rozwijających się. Na uwagę zasługuje także fakt, iż przestępstwo handlu ludźmi występuje w wielu formach, takich jak: handel ludźmi w celu wykorzystania seksualnego, ekonomicznego, czy handel ludzkimi narządami. W swoim krótkim opracowaniu starałam się nakreślić nie tylko aspekty kulturowe i społeczne wpływające na eskalację handlu ludźmi, ale także wskazać podstawowe regulacje odnoszące się do tego przestępstwa wraz z uwzględnieniem nowelizacji

Kodeksu karnego z 8 września 2010 r. i wprowadzeniem definicji handlu ludźmi do powszechnie obowiązującego prawa w Polsce.

Słowa kluczowe: handel ludźmi, niewolnictwo, praca przymusowa, przestępstwo, wykorzystanie seksualne

Crime of human trafficking – characteristics of the phenomenon

S u m m a r y

For many years now, human trafficking has been an increasingly dangerous and growing problem. Social, culture and economic changes over the past 60 years have affected a big growth of this phenomenon and now human trafficking have received increased attention from international community. Human trafficking has been associated with globalization, violations of labor and immigration laws, sex discrimination and transnational organized crime group. It is a complex form of crime, conditioned by a variety of social and cultural factors, posing an ever increasing problem for the international community since the 1990s. There are many forms of human trafficking, but sex trafficking, forced labor and child trafficking are the most common and traumatic forms. Polish law in the original version of the Penal Code did not define trafficking as such. Since the amendment there is a definition of trafficking in art. 115 § 22 of the Penal Code. It is really important to make a complex look at political sociocultural and economic factors to better understand the problem of human trafficking.

Keywords: human trafficking, slavery, crime, forced labour, sexual exploitation

Julia Berg, University of Warsaw, Faculty of Law and Administration, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland, e-mail: j.berg@student.uw.edu.pl

Bartosz Soloch*

**ZASADA PRZYCHYLNOŚCI PRAWU MIĘDZYNARODOWEMU: CZY WCIĄŻ CHODZI O TO SAMO?
REFLEKSJE NA KANWIE ORZECZENIA NIEMIECKIEGO FEDERALNEGO TRYBUNAŁU
KONSTITUCYJNEGO 2 BvL 1/12 („TREATY OVERRIDING”) Z DNIA 15 GRUDNIA 2015 R.**

1. Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie, w jaki sposób orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2015 r., 2 BvL 1/12¹, wydanego w odpowiedzi na pytanie prawne zadane przez Federalny Trybunał Finansowy (*Bundesfinanzhof*), wpływa na rozumienie zasady przychylności prawu międzynarodowemu². Konstytucyjna zasada otwartości na prawo międzynarodowe, wyinterpretowana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny z ogółu przepisów Ustawy zasadniczej RFN³ odnoszących się do prawa międzynarodowego, wyznacza sposób w jaki w prawie krajowym należy zapewnić skuteczność normom międzynarodowym, w szczególności wskazuje ona granice ich zastosowania.

Zasada przychylności prawu międzynarodowemu odgrywa szczególnie doniosłą rolę w przypadkach, w których przepisy Ustawy zasadniczej RFN nie regulują stosunków pomiędzy prawem krajowym a międzynarodowym w sposób całkowicie jednoznaczny. Przykładem tego rodzaju sytuacji jest zwłaszcza kwestia faktycznej roli odgrywanej w niemieckim systemie prawnym przez umowy międzynarodowe ratyfikowane za zgodą wyrażoną w ustawie. Z samej treści Ustawy zasadniczej RFN nie

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, ul. Kopcińskiego 8/12, 90–232 Łódź, e-mail: bartosz.soloch@gmail.com. Poglądy zaprezentowane w artykule są wyłącznie osobistymi poglądami autora.

¹ https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/l20151215_2bvl000112.html, 13.02.2016.

² Jego analiza w kontekście prawa podatkowego jest przedmiotem analizy D. Jakubowskiej, *Klauzule „treaty overrides” w literaturze i judykaturze niemieckiej*, PP 2016, nr 10, s. 37 i n.

³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z dnia 23 maja 1949 r., BGBI. S 1 ze zm. – dalej: UZ RFN. Polskie tłumaczenia przepisów za: W. Staśkiewicz, *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2011.

wynika bowiem, ażeby miały one mieć rangę ponadustawową, w doktrynie jednak wskazuje się, że właśnie na mocy zasady przychylności prawu międzynarodowemu powinno się im, co do zasady, zapewnić faktyczne pierwszeństwo względem ustaw zwykłych. Orzeczenie FTK z dnia 15 grudnia 2015 r., 2 BvL 1/12, stanowi odpowiedź na powyższe wątpliwości wyrażane w nauce prawa⁴.

2. Omówienie orzeczenia FTK z dnia 15 grudnia 2015 r., 2 BvL 1/12

Postanowienie II Senatu FTK z dnia 15 grudnia 2015 r., 2 BvL 1/12, zakończyło postępowanie wszczęte przez pytanie prejudycjalne, zadane przez Federalny Trybunał Finansowy (*Bundesfinanzhof*). Wątpliwości dotyczyły zgodności z Ustawą zasadniczą RFN ustawy o treści w sposób oczywisty sprzecznej z zawartą przez RFN z Turcją umową o unikaniu podwójnego opodatkowania (wprowadzała ona wykluczony przez umowę wymóg dowiedzenia przez podatnika faktu uiszczenia podatku w innym kraju). Federalny Trybunał Finansowy zwrócił uwagę, że choć zgodnie z brzmieniem art. 59 ust. 2 UZ RFN traktatom międzynarodowym przysługuje jedynie ranga zwykłej ustawy⁵, to jednak z zasady otwartości na prawo międzynarodowe oraz zasady demokratycznego państwa prawa (jako wzorzec kontroli wskazał on art. 2 ust. 1 w zw. z art. 25 i art. 20 ust. 3 UZ RFN) wynikać ma konieczność zapewnienia ich prymatu wobec ustawy, prowadząca aż do uznania sprzecznych z nimi ustaw za niekonstytucyjne. Badanej ustawie zarzucił on ponadto naruszenie konstytucyjnej zasady równości. Federalny Trybunał Konstytucyjny

⁴ W tym miejscu można zwrócić uwagę, że leżące u podstaw wspomnianego orzeczenia FTK pytanie prawne zadane przez Federalny Trybunał Finansowy zostało dostrzeżone przez wielu niemieckich badaczy jeszcze na długo przed wydaniem orzeczenia przez FTK jako dające okazję do wyjaśnienia przez FTK wielu wątpliwości związanych z wzajemnymi stosunkami pomiędzy prawem krajowym a międzynarodowym (por. M. Payandeh, *Die Internationalisierung der Rechtsordnung als Herausforderung für die Gesetzesbindung*, „Rechtswissenschaften” 2013, nr 4, s. 416; M. Krumm, *Legislativer Völkervertragsbruch im demokratischen Rechtsstaat*, „Archiv des Öffentlichen Rechts” 2013, nr 3, s. 363 i n.).

⁵ Art. 59 ust. 2 UZ RFN brzmi: „Umowy regulujące stosunki polityczne Federacji lub dotyczące spraw będących przedmiotem ustawodawstwa federalnego wymagają każdorazowo zgody lub współdziałania organów właściwych w określonym przypadku ustawodawstwa federalnego, wyrażonej w formie ustawy federalnej. Do umów administracyjnych odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy o administracji federalnej”.

nie podzielił jednak wątpliwości Federalnego Trybunału Finansowego i w zdecydowany sposób potwierdził konstytucyjność ustawy.

Federalny Trybunał Konstytucyjny powołał w pierwszej kolejności argumenty natury systemowej: zwrócił uwagę, że z treści Ustawy zasadniczej RFN (art. 25) wynika, że kiedy ustawodawca postanowił nadać rangę ponadustawową „zasadom ogólnym prawa międzynarodowego”, wyraził to wprost⁶. Tym samym nie można domniemywać, że miał taki sam zamiar wobec umów międzynarodowych, jeżeli nie znajduje to pokrycia w treści Ustawy zasadniczej RFN (nb. 37 i n.). Podkreślił w szczególności, że niedopuszczalne jest stosowanie wnioskania, wedle którego to z art. 25 UZ RFN wynika, że wszystkie umowy międzynarodowe, do których poszanowania zobowiązała się RFN powinny mieć rangę ponadustawową (nb. 47), pomimo, że zasada *pacta sunt servanda* jest ogólnie przyjętą zasadą prawa międzynarodowego. Federalny Trybunał Konstytucyjny podkreślił także, że w związku z brakiem szczególnej rangi ustawy ratyfikacyjnej, możliwe jest uchylene postanowień ratyfikowanej umowy międzynarodowej przez późniejszą ustawę

⁶ Zgodnie z przywołanym art. 25 UZ RFN: „Ogólne zasady prawa międzynarodowego są częścią składową prawa federalnego. Mają one pierwszeństwo przed ustawami oraz tworzą prawa i obowiązki bezpośrednio dla mieszkańców terytorium Federacji”. Zgodnie z przeważającym poglądem orzecznictwa i doktryny niemieckiej poprzez „ogólne zasady prawa międzynarodowego” w rozumieniu art. 25 UZ RFN należy rozumieć dostatecznie ugruntowane zwyczaj międzynarodowy i zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane w rozumieniu art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (jedynie tytułem przykładu zob. orzeczenia FTK z dnia 30 października 1962 r., 2 BvM 1/60 (*Jugoslawische Militärmission*, BVerfGE 15, 34); z dnia 14 maja 1968 r., 2 BvR 544/63 (*Kriegsfolgelasten II*, BVerfGE 23, 317); czy z dnia 10 lipca 1997 r., 2 BvR 1516/96 (*DDR-Botschafter* BVerfGE 96, 86); R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, Monachium 2013, s. 155; S. Talmon, *Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht*, „Juristenzeitung” 2013, nr 1, s. 12. Można by się zastanowić, na ile takie ujęcie „zasad ogólnych” w tekście Ustawy zasadniczej RFN jest najszcześniejsze w świetle problematyczności pojęcia „zasad prawa międzynarodowego” – i tak. A. Wiśniewski definiuje „zasady prawa międzynarodowego” jako „reguły o podstawowym, przewodnim charakterze w tym systemie”, wskazując na ich różne możliwe źródła (tenże, *Zasady prawa międzynarodowego* [w:] A. Przyborowska-Klimczak, D. Pyć, *Leksykon prawa międzynarodowego publicznego*, Warszawa 2012, s. 564 i n.); podobnie wypowiada się także M. Menkes, *Zasady prawa międzynarodowego*, PiP 1998, nr 10, s. 75 i n., czy też zachowujące w znacznej mierze aktualność rozważania S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 372 i n. W związku jednak z faktem, że dokładne określenie zakresu konstytucyjnego pojęcia „ogólnych zasad prawa międzynarodowego” nie miało kluczowego znaczenia dla rozstrzygnięcia dokonanego przez FTK, dokładna analiza zakresu tego pojęcia na gruncie nauki prawa międzynarodowego wykracza poza granice niniejszego studium.

(nb. 49). Wyłączenie zastosowania zasady *lex posterior derogat legi priori* do umów międzynarodowych byłoby bowiem sprzeczne z zasadą demokracji (*Demokratieprinzip*) z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, demokracja jest „czasowym panowaniem”, przyszły ustawodawca może więc cofnąć decyzje podjęte przez swojego poprzednika. Po drugie, jako że uprawniony do wypowiedziania traktatów jest wyłącznie rząd, odebranie ustawodawcy możliwości sprzeciwienia się im w drodze ustawy odbierałoby mu wszelką kontrolę nad międzynarodowymi zobowiązaniami RFN (nb. 52 i n.). Federalny Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że odebranie ustawodawcy możliwości regulowania zagadnień będących przedmiotem wiążących RFN traktatów uniemożliwiłoby mu także korzystanie z kompetencji do korygowania sądowej wykładni przepisów w drodze interwencji legislacyjnej (nb. 80).

Trybunał uznał także, że niekonstytucyjności ustawy sprzecznej z międzynarodowymi zobowiązaniami RFN nie można wywieść także z zasady przychylności prawu międzynarodowemu. Wprawdzie zasada ta, wyinferowana z wielu przepisów Ustawy zasadniczej RFN, ma rangę konstytucyjną (nb. 65), to jednak nie oznacza konieczności bezwarunkowego zapewnienia pierwszeństwa prawu międzynarodowemu – wola ustawy było jedynie „kontrolowane związanie” RFN prawem międzynarodowym (nb. 69). Zastosowanie zasady przychylności prawu międzynarodowemu polega zaś w głównej mierze na wykładni prawa krajowego w sposób pozwalający na możliwie jak najdalej idące wypełnienie obowiązków RFN wynikających z prawa międzynarodowego. Interpretacja taka musi jednak odpowiadać przyjętym zasadom wykładni, w szczególności nie może prowadzić do wniosków sprzecznych z treścią przepisów (nb. 71 i n.). Uznanie, że zasada przychylności prawu międzynarodowemu może prowadzić do wyłączenia możliwości wprowadzenia późniejszą ustawą regulacji sprzecznych z treścią umowy międzynarodowej ratyfikowanej za zgodą parlamentu stanowiłoby w ocenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego właśnie taką niedopuszczalną wykładnię, ignorującą całkowicie dokonane przez ustawodawcę konstytucyjnego rozróżnienie pomiędzy rangą zasad ogólnych prawa międzynarodowego z art. 25 UZ RFN a rangą umów międzynarodowych (nb. 75 i n.).

W dalszej kolejności Federalny Trybunał Konstytucyjny wskazał także, że wydawanie na poziomie krajowym aktów sprzecznych z prawem międzynarodowym nie stanowi *per se* naruszenia prawa międzynarodowego (nb. 60 i n.). Podkreślił również, że także z zasady państwa prawnego (*Rechtsstaatsprinzip*) nie można wnioskować obowiązku nadania prawu międzynarodowemu pierwszeństwa wobec prawa krajowego (nb. 77 i n.). Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził wreszcie, że tego typu regulacja nie prowadzi do naruszenia konstytucyjnej zasady równości (nb. 92 i n.). Zdanie odrębne do postanowienia, krytykujące orzeczenie jako zbyt zachowawcze i nieuwzględniające współczesnego stanu rozwoju stosunków międzynarodowych, złożyła sędzia König.

3. Wcześniejsze poglądy na znaczenie zasady przychylności prawu międzynarodowemu w orzecznictwie i doktrynie

Na wstępie należy podkreślić, że zasada przychylności prawu międzynarodowemu nie została wyrażona bezpośrednio w treści Ustawy zasadniczej RFN – jest ona inferowana z ogółu jej przepisów odnoszących się do relacji pomiędzy prawem krajowym a międzynarodowym⁷. Była ona powoływana już w stosunkowo wczesnych orzeczeniach Federalnego Trybunału Konstytucyjnego⁸, wkrótce potem została przyjęta przez doktrynę⁹. Choć zasada przychylności prawu międzynarodowemu nie wynika bezpośrednio z treści Ustawy zasadniczej RFN, to jednak orzecznictwo i doktryna nadały jej w miarę określone kontury i określiły jej funkcję w niemieckim systemie konstytucyjnym¹⁰. Za jej bodaj najważniejszy wyraz uznaje się obowiązek dokonywania przez organy stosujące prawo wykładni przychylniej prawu międzynarodowemu¹¹, oznaczającej koniecz-

⁷ M. Herdegen [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, red. R. Herzog, M. Herdegen, R. Scholz, H. Klein, Monachium 2013, art. 25.

⁸ Por. wyrok FTK z dnia 26 marca 1957 r., 2 BvG 1/55 (*Reichskonkordat*, BVerfGE 6, 309) oraz postanowienie FTK z dnia 4 maja 1971 r., 1 BvR 636/68 (*Spanier*, BVerfGE 31, 58).

⁹ Fundamentalne znaczenie ma tutaj praca K. Vogla, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tybinga 1964.

¹⁰ A. Proelß, *Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG* [w:] *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, red. H. Rensen, S. Brink, Berlin 2009, s. 556.

¹¹ Por. postanowienie FTK z dnia 23 czerwca 1981 r., 2 BvR 1107/79 (*Eurocontrol I*, BVerfGE 58, 1).

ność wyboru tego rezultatu wykładni, który pozwoli na najpełniejszą realizację zobowiązań międzynarodowych RFN¹², nie może ona jednak prowadzić do wyników sprzecznych z brzmieniem przepisu¹³.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zasada przychylności prawu międzynarodowemu określa stosunek Ustawy zasadniczej RFN do prawa międzynarodowego, a nie prawa europejskiego – ten regulowany jest zasadą „przychylności prawu europejskiemu”¹⁴. Od 1992 roku podstawą dla integracji europejskiej są ponadto inne przepisy Ustawy zasadniczej RFN, aniżeli te odnoszące się do prawa międzynarodowego (art. 23 UZ RFN). Oznacza to, że twierdzenia wypracowane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny odnośnie obowiązywania prawa europejskiego w niemieckiej przestrzeni prawnej należy stosować raczej ostrożnie.

Pomimo ugruntowania zasady w niemieckim orzecznictwie i doktrynie, wiele jej aspektów było spornych. W tym miejscu należałoby się odwołać przede wszystkim do tego, jaką rolę odgrywa ona wobec pozostałych zasad konstytucyjnych. Wydaje się, że dominuje pogląd głoszący, iż jako jedna z zasad ustrojowych, zasada przychylności prawu międzynarodowemu musi być w razie konfliktu ważona z pozostałymi zasadami konstytucyjnymi i nie można domniemywać, jakoby miało przysługiwać jej pierwszeństwo¹⁵. Z drugiej strony jednak jest to łagodzone przez fakt, że obowiązek wykładni przyjaznej prawu międzynarodowemu dotyczy także interpretacji Ustawy zasadniczej RFN. Federalny Trybunał Konstytucyjny potwierdził to w serii fundamentalnych orzeczeń wydanych w odniesieniu do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC)¹⁶. W orzeczeniu w sprawie *Görgülü* przyjęcie interpretacji prokonwencyjnej doprowadziło do uznania sprzeczności

¹² O. Rojahn [w:] *Grundgesetz-Kommentar: GG*, red. P. Kunig, t. 1, Monachium 2012, art. 24.

¹³ P. Szczekalla, *Das Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz in der EU und nach der EMRK* [w:] *Handbuch der Europäischen Grundrechten*, red. S.F. Heselhaus, C. Nowak, Monachium, 2006, § 2 III.

¹⁴ D. Knop, *Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätzen*, Tybinga 2013, s. 24.

¹⁵ Ch. Tomuschat, *Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit* [w:] *Handbuch des Staatsrecht*, red. J. Isensee, P. Kirchhof, t. 11, Heidelberg 2013, § 226, nb. 8; A. Bleckmann, *Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in deutscher Rechtsordnung*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1996, nr 4, s. 141.

¹⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

z konstytucją wyroku niemieckiego sądu¹⁷. W późniejszym orzeczeniu *Sicherungsverwahrung* Federalny Trybunał Konstytucyjny posunął się dalej. Przychylna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wykładnia Ustawy zasadniczej RFN doprowadziła do uznania, wbrew wcześniejszemu orzecznictwu, występującej w niemieckim prawie instytucji izolacji post-penalnej sprawców przestępstw niebezpiecznych za sprzeczną z Ustawą Zasadniczą¹⁸.

Powyższa problematyka nabiera szczególnego znaczenia w stosunku do umów międzynarodowych – jak już wspomniano *de nomine* przysługuje im jedynie ranga ustawowa, na mocy zasady przychylności prawu międzynarodowemu próbuje się zapewnić im praktyczne pierwszeństwo wobec ustaw zwykłych z jednej strony przez stosowanie wykładni przyjaznej prawu międzynarodowemu, z drugiej przez przyjęcie założenia, że traktaty automatycznie uznawane są za *leges speciales*, a późniejsze sprzeczne z nimi ustawy za *leges generales*, które nie mogą derogować ustaw szczególnych¹⁹. Nie zmienia to jednak faktu, że pogląd o bezpośrednim związaniu ustawodawcy wiążącymi RFN traktatami międzynarodowymi został odrzucony przez orzecznictwo *explicite* stosunkowo wcześnie²⁰. Do tej pory nie został on wprost zakwestionowany przez Federalny Trybunał Konstytucyjny²¹. Federalny Trybunał Konstytucyjny podkreślił jednak, że w związku z zasadą przychylności prawu międzynarodowemu, ustawodawca chcąc przyjąć ustawę derogującą postanowienia umowy międzynarodowej przyjętej za zgodą wyrażoną w ustawie, musi wyrazić wolę sprzeciwienia się umowie w sposób jednoznaczny²².

W świetle powyższego zarysowuje się dość wyraźne napięcie pomiędzy aspiracjami do zapewnienia jak najpełniejszej skuteczności prawu międzynarodowemu w niemieckiej przestrzeni prawnej, mogącej prowadzić

¹⁷ Postanowienie FTK z dnia 14 października 2004 r., 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*, BVerfGE 111, 307 i n.).

¹⁸ Wyrok FTK z dnia 4 maja 2011 r., 2 BvR 2365/09 (*Sicherungsverwahrung*, BVerfGE 128, 326).

¹⁹ Por. H. Bungert, *Einwirkung und Rang von Völkerrecht im innerstaatlichen Rechtsraum*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1994, s. 803. Pogląd ten spotykał się jednak również z krytyką ze strony innych autorów.

²⁰ Por. wyrok FTK z dnia 26 marca 1957 r., 2 BvG 1/55 (*Reichskonkordat*, BVerfGE 6, 309).

²¹ R. Frau, *Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag*, Tybinga 2015, s. 65 i n.

²² Postanowienie FTK z dnia 26 marca 1987 r., 2 BvR 589/79 (*Unschuldsvormutung*, BVerfGE 74, 358).

aż do związania niemieckiego ustawodawcy treścią zawartych przez RFN umów międzynarodowych, a ustawową rangą umów międzynarodowych. Federalny Trybunał Finansowy próbował rozwiązać powyższy problem stosując narzędzia wypracowane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny na potrzeby zapewnienia skuteczności Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, czyli uznanie przepisów krajowych niezgodnych z umową międzynarodową za niezgodne z Ustawą zasadniczą RFN, także do umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Federalny Trybunał Konstytucyjny sprzeciwił się jednak stanowczo takiemu rozwiązaniu.

4. Ocena orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego

Omawiane orzeczenie było w niemieckiej doktrynie przedmiotem ożywionej debaty, nie brakło głosów krytyki przedstawiciele zarówno doktryny prawa międzynarodowego²³ jak również podatkowego²⁴. Podstawowe tezy odnośnie wzajemnego stosunku pomiędzy prawem krajowym a prawem międzynarodowym zostały jednak powtórzone w późniejszym orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego²⁵. Ponadto, jak pokazuje praktyka Federalnego Trybunału Konstytucyjnego i sądów administracyjnych, faktyczne znaczenie tego orzeczenia wykracza poza prawo podatkowe²⁶. Z drugiej jednak strony, jak się jednak wydaje, przynajmniej w odniesieniu do umów o unikaniu podwójnego

²³ Tytułem przykładu zob. M. Payandeh, *Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit Der Treaty Override-Beschluss des BVerfG*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2016, s. 1282; A. Peters, *New German Constitutional Court Decision on „Treaty Override”: Triepelianism Continued*, wpis z dnia 29 lutego 2016 r., <https://www.ejiltalk.org/new-german-constitutional-court-decision-on-treaty-override-triopianism-continued-2/>.

²⁴ M. Stöber, *Zur verfassungs- und europarechtlichen (Un-)Zulässigkeit von Treaty Overrides*, „Deutsches Steuerrecht” 2016, s. 1889 i n.; G. Frotscher, *Treaty Overriding: causa finita?*, „Internationales Steuerrecht” 2016, s. 566 i n.

²⁵ Zob. np. postanowienie FTK z dnia 13 października 2016 r., 2 BvE 2/15, w którym FTK opisuje miejsce prawa międzynarodowego w hierarchii aktów prawnych RFN, http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/10/es20161013_2bve000215.html, nb. 113–115, czy postanowienie FTK z dnia 21 czerwca 2016 r., 2 BvR 637/09, http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621_2bvr063709.html, nb. 19.

²⁶ Zob. orzeczenia FTK cytowane powyżej; ponadto tytułem przykładu wskazać można orzeczenia monachijskiego Trybunału Administracyjnego z dnia 14 marca 2017 r., 22B 17.12, gdzie zasada sformułowana przez FTK posłużyła do ograniczenia zastosowania Konwencji z Aarhus, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-105501?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>,

opodatkowania, znaczenie potwierdzenia przez Federalny Trybunał Konstytucyjny dopuszczalności nadpisywania traktatów może być w jakiś sposób mitygowane w drodze restrykcyjnej interpretacji przypadków wyrażenia przez ustawodawcę woli nadpisania traktatu²⁷.

Federalny Trybunał Konstytucyjny podkreślił w sposób zdecydowany, że zasada przychylności prawu międzynarodowemu (powiązana w niniejszej sprawie z art. 23, 24, 59 ust. 2 i Preambulą UZ RFN – nb. 65) nie może prowadzić do faktycznej zmiany postanowień Konstytucji. Stwierdził on, że skoro zgodnie z uznanymi zasadami wykładni z art. 59 ust. 2 UZ RFN nie można wyinterpretować, jakoby umowy międzynarodowe miały mieć pierwszeństwo wobec ustaw zwykłych, to nie jest możliwe nadanie mu takiej mocy w drodze wykładni przyjaznej prawu międzynarodowemu (nb. 73). Twierdzenie o niemożności dokonywania wykładni przyjaznej prawu międzynarodowemu wbrew brzmieniu przepisów zgadza się z poglądami większości doktryny, Federalny Trybunał Konstytucyjny przytoczył je już zresztą we wspomnianym wyroku w sprawie *Sicherungsverwahrung*²⁸. Wtedy jednak konsekwencją stwierdzenia niemożności prokonwencyjnej interpretacji niemieckiej ustawy było stwierdzenie jej niekonstytucyjności, a nie wyłączenie stosowania norm prawa międzynarodowego.

W dalszej kolejności Federalny Trybunał Konstytucyjny w sposób zdecydowany podkreślił, że wykluczone jest wywiedzenie z zasady przyjazności prawu międzynarodowemu nakazu zapewnienia umowom międzynarodowym ratyfikowanym w trybie opisanym w art. 59 ust. 2 UZ RFN także w inny sposób niż w drodze kreatywnej wykładni rzeczowego artykułu, w szczególności z zasady przychylności prawu międzynarodowemu jako takiej. W tym miejscu warto zatrzymać się nad przytoczoną przez Federalny Trybunał Konstytucyjny argumentacją, odnoszącą się do zasady demokracji – Federalny Trybunał Konstytucyjny bowiem

nb. 34; oraz z dnia 29 grudnia 2016 r., 22 CS 16.2162, <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-112436?hl=true>, nb. 25.

²⁷ Zob. przykładowo wyrok Sądu Podatkowego Badenii-Wirtembergii z dnia 12 stycznia 2017 r., 3 K 2647/15, http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=21981, nb. 44.

²⁸ Orzeczenie FTK z dnia 4 maja 2011 r., 2 BvR 2365/09 (*Sicherungsverwahrung*, BVerfGE 128, 326).

nie tylko zauważył istnienie napięcia pomiędzy związaną z demokracją zasadą tymczasowego sprawowania władzy a nadaniem umowom międzynarodowym rangi ponadustawowej, lecz także opowiedział się w tym wypadku po stronie ochrony swobody aktualnego demokratycznego ustawodawcy. Jest o tyle istotne, że dotychczas w orzecznictwie, jak również w literaturze podkreślano raczej niezwykle ograniczoną możliwość wpływania przez władzę ustawodawczą na dalsze losy już zawartej umowy międzynarodowej²⁹.

Nie znaczy to jednak, że omawiane orzeczenie doprowadziło do sytuacji, w której zasada przychylności prawu międzynarodowemu została pozbawiona znaczenia. Federalny Trybunał Konstytucyjny podtrzymał (i zastosował) zasady sformułowane w swoim wcześniejszym orzecznictwie, w szczególności położył nacisk na obowiązek działania przez niemieckie władze z możliwie jak największym poszanowaniem prawa międzynarodowego. Zaznaczył ponadto, że aby ustawa miała skutkować uchYLENIEM w niemieckiej przestrzeni prawnej skuteczności umowy międzynarodowej, to ustawodawca powinien w sposób jasny wyrazić taką intencję (co w niniejszej sprawie miało miejsce – nb. 58). Należy przy tym pamiętać, że Federalny Trybunał Konstytucyjny w omawianym postanowieniu wielokrotnie dał wyraz, że jego postanowienie nie stanowi odejścia od wcześniejszej linii orzeczniczej stworzonej w odniesieniu do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, dającej w niemieckim systemie prawnym uprzywilejowaną pozycję traktatom międzynarodowym. Federalny Trybunał Konstytucyjny bowiem nie tyle odszedł od wyrażonych tam poglądów, ile raczej zastrzegł, że do rozpatrywanej przez niego sprawy nie można odnosić bezpośrednio rozumowań wypracowanych na potrzeby stosowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Konwencja bowiem jest szczególnym traktatem międzynarodowym, służącym

²⁹ Por. zwłaszcza wyrok FTK z dnia 12 lipca 1994 r., 2 BvE 3/92 (*Out-of-area-Einsatz*, BVerfGE 90, 286), w którym FTK stwierdził, że o zmianach umowy międzynarodowej uzasadniających konieczność ponownego uzyskania zgody parlamentu można mówić tylko jeżeli same strony umowy uznają zmianę praktyki wykonywania umowy międzynarodowej za jej modyfikację. Jak słusznie zwrócił uwagę B. Kempen orzeczenie to praktycznie wyeliminowało możliwość kontroli przez parlament modyfikacji treści podpisanych umów międzynarodowych w drodze ich dynamicznej wykładni – B. Kempen [w:] *Kommentar zum Grundgesetz*, red. Ch. Strack, t. 2, Monachium 2010, art. 59, nb. 51.

ochronie praw człowieka, ochrona których ma szczególną rangę konstytucyjną wyrażoną w art. 1 ust. 2 UZ RFN (nb. 76)³⁰. Stanowi on zgodnie z art. 79 ust. 3 UZ RFN normę, która nie może być zmieniona³¹. Tym samym można zaryzykować stwierdzenie, że w omawianym orzeczeniu Federalny Trybunał Konstytucyjny *de facto* przychyliła się do poglądu, że od „zwykłej” przychylności prawu międzynarodowemu należy odróżnić przychylność prawom człowieka (*Menschenrechtsfreundlichkeit*), znacznie bardziej ograniczającą swobodę organów RFN³².

Ujęcie takie, choć, jak się wydaje na gruncie doktryny niemieckiego konstytucjonalizmu uzasadnione, nie jest jednak bezsporne. Jak uczyniła to sędzia König w zgłoszonym przez siebie zdaniu odrębnym można twierdzić, że takie zdefiniowanie relacji pomiędzy prawem krajowym a międzynarodowym być może było dobre w chwili wydania wyroku w sprawie *Reichskonkordat* w 1957 roku, lecz z całą pewnością jednak nie pasuje do obecnej zglobalizowanej rzeczywistości³³. Z tej perspektywy ważne jest nie tyle stwierdzenie, czy w danej sytuacji konstytucja

³⁰ Art. 1 ust. 2 UZ RFN: „Naród niemiecki uznaje dlatego nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie”. W doktrynie przedmiotem sporów jest, czy z art. 1 ust. 2 UZ RFN można wywodzić szczególny obowiązek poszanowania międzynarodowych aktów praw człowieka Por. Ch. Hillgruber, *Der internationale Menschenrechtsstandard: geltendes Verfassungsrecht? Kritik einer Neuinterpretation des Art. 1 Abs. 2 GG* [w:] *Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz*, red. G. Gornig [in.], Berlin 2008, s. 128 i n.; FTK odpowiedział jednak na to pytanie twierdząco w orzeczeniu z dnia 4 maja 2011 r., 2 BvR 2365/09 (*Sicherungsverwahrung*, BVerfGE 128, 326) i orzeczeniu z dnia 14 października 2004 r., 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*, BVerfGE 111, 307).

³¹ Art. 79 ust. 3 UZ RFN: „Zmiana niniejszej Ustawy Zasadniczej, która naruszałaby podział Federacji na kraje związkowe, zasadnicze współdziałanie krajów w ustawodawstwie lub zasady określone w art. 1 i 20 jest niedopuszczalna”.

³² Należy zwrócić uwagę, że dotychczas w doktrynie podkreślano niekiedy, że do zapewnienia skuteczności międzynarodowym aktom ochrony praw człowieka wystarczy zasada przyjazności prawu międzynarodowemu i że zasada przyjazności prawom człowieka stanowiłaby pewne *superfluum* (por. D. Knop, *Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätzen*, Tybinga 2013, s. 5); samo pojęcie przyjazności prawom człowieka funkcjonuje jednak w nauce prawa konstytucyjnego już od dłuższego czasu (por. K.P. Sommermann, *Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*, „Archiv für öffentliches Recht” 1989, s. 391 i n.).

³³ Zdanie odrębne do postanowienia FTK z dnia 15 grudnia 2015 r., 2 BvL1/12, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/1s20151215_2bvl000112.html, 13.02.2016.

przyznaje prymat prawu krajowemu, tylko dokonanie ważenia pomiędzy zasadą demokracji a zasadą przychylności prawu międzynarodowemu w związku z zasadą państwa prawnego (*Rechtsstaatsprinzip*)³⁴. Pogląd ten nie jest oryginalny i bywał podnoszony w doktrynie już wcześniej³⁵, bliski był również niektórym krytykom orzeczenia³⁶. Należy jednak podkreślić, że zasada *pacta sunt servanda* wiąże państwa zasadniczo na poziomie prawa międzynarodowego, zaś reguły pierwszeństwa prawa międzynarodowego względem prawa krajowego w płaszczyźnie krajowej determinowane są przez odnośne konstytucje³⁷. Ponadto w związku z faktem powszechnego występowania w systemach państw demokratycznych elementów dualistycznych³⁸, trudno jest czynić Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu zarzuty z tytułu oparcia się w wydanym orzeczeniu w większym stopniu na koncepcji dualistycznej, tym bardziej, że jak pokazuje analiza systemów prawnych współczesnych państw demokratycznych, przyjęcie doktryny monistycznej nie musi prowadzić koniecznie do większej

³⁴ Tamże.

³⁵ Por. omówienie tej koncepcji u M. Krumm, *Legislativer Völkervertragsbruch im demokratischen Rechtsstaat*, „Archiv des Öffentlichen Rechts” 2013, nr 3, s. 401 i n.

³⁶ A. Peters, *New German Constitutional Court Decision on „Treaty Override”: Triepelianism Continued*, wpis z dnia 29 lutego 2016 r., <https://www.ejiltalk.org/new-german-constitutional-court-decision-on-treaty-override-triepelianism-continued-2/>; M. Payandeh, *Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit. Der Treaty Override-Beschluss des BVerfG*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2016, s. 1282.

³⁷ A. Schaus, *Article 27 Convention of 1969* [w:] *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, red. O. Corten, P. Klein, t. I, Oksford 2011, s. 700 i n. Co ciekawe autor ten w przyp. 77 na s. 701 błędnie wskazuje na art. 25 UZ RFN jako przykład normy prawa krajowego gwarantującej prawo międzynarodowemu pierwszeństwo przed prawem krajowym łącznie z konstytucją. K. Schmalenbach również zwraca uwagę, że zasada ta zasadniczo nie prowadzi do pierwszeństwa prawa międzynarodowego w porządku krajowym (taż, *Article 26* [w:] *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, red. K. Schmalenbach, O Dörr, Heidelberg 2012, nb. 52 i n.). Odmienne jednak T. Wasilewski zwraca uwagę na istnienie wewnętrznego aspektu ww. zasady (tenże, *Stosunek wzajemny. Porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Toruń 2009, s. 100). Na problematyczność zagadnienia wewnątrz krajowego znaczenia zasady *pacta sunt servanda* zwraca uwagę P. M. Dupuy, *International Law and Domestic (Municipal) Law* [w:] *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, red. R. Wolfrum, <http://opil.ouplaw.com>, nb. 43, zwracając w szczególności uwagę na problematyczność zagadnienia, czy nadanie przez porządek krajowy wyższej rangi prawu zwyczajowemu na mocy zasady *pacta sunt servanda* implikuje nadanie takiej samej rangi traktatom międzynarodowym (nb. 111).

³⁸ Zob. A. Wiśniewski, *Prawo międzynarodowe a prawo krajowe* [w:] *Leksykon prawa międzynarodowego publicznego*, red. D. Pyć, Warszawa 2012, s. 364.

przyjazności prawu międzynarodowemu³⁹. Należy jednak podkreślić, że w praktyce znaczenie pozwolenia na nadpisywanie traktatów udzielonego przez Federalny Trybunał Konstytucyjny może być mitygowane przez restrykcyjną interpretację intencji ustawodawcy względem złamania wiążącego RFN prawa międzynarodowego. Pomimo powyższych wątpliwości orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wydaje się być zasadniczo słuszne: wobec stosunkowo jasnego brzmienia przepisów konstytucyjnych regulujących hierarchię aktów prawnych w Ustawie zasadniczej RFN odmówił on jej faktycznej zmiany w oparciu o relatywnie niejasną, wyinferowaną z wielu różnych przepisów konstytucji zasadę przyjazności prawu międzynarodowemu, zastrzeżenia można mieć być może do sposobu jej ważenia z zasadą demokracji. Krytyczne uwagi należałoby za to skierować pod adresem niemieckiego ustrojodawcy, który przy licznych nowelizacjach Ustawy zasadniczej RFN nie zdecydował się na zmianę jej przepisów w taki sposób, aby lepiej chroniły wykonanie przez RFN jej zobowiązań międzynarodowych, np. przez zapewnienie ratyfikowanym traktatom rangi ponadustawowej.

Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego może być interesujące także w polskim kontekście prawnym, w odniesieniu do zobowiązań międzynarodowych RP innych niż umowy międzynarodowe ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. W stosunku do nich aktualność zachowuje rozstrzygane przez Federalny Trybunał Konstytucyjny zagadnienie granic wpływu przyjazności prawu międzynarodowemu na miejsce prawa międzynarodowego w krajowej hierarchii aktów prawnych. Należy bowiem zwrócić uwagę, że zasada przyjazności prawu międzynarodowemu występuje również na gruncie Konstytucji RP⁴⁰. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że normatywną konsekwencją art. 9 Konstytucji RP jest przeniesienie zasady *pacta sunt servanda* na poziom krajowy i tym samym związanie ustawodawcy krajowego

³⁹ K. Schmalenbach, *Article 27 [w:] Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, red. K. Schmalenbach, O Dörr, Heidelberg 2012, nb. 42 i n.

⁴⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

wiążącym RP prawem międzynarodowym⁴¹. Konsekwentne trzymanie się tego twierdzenia prowadziłoby do uznania, że niezgodny z Konstytucją RP jest każdy krajowy akt normatywny do rangi ustawy włącznie sprzeczny z wiążącym RP prawem międzynarodowym⁴². Jak widać, art. 9 Konstytucji RP w takim kontekście, podobnie jak miało to mieć miejsce w przypadku zasady przyjazności prawa międzynarodowemu na gruncie Ustawy zasadniczej RFN stanowiłby pomost do rozszerzenia skuteczności norm prawa międzynarodowego w krajowym porządku prawnym. Należy jednak podkreślić, że jak do tej pory Trybunał nie orzekł o niezgodności ustawy z konstytucją z powodu sprzeczności z aktem prawa międzynarodowego innym niż akt prawa Unii Europejskiej czy umowa międzynarodowa ratyfikowana za zgodą wyrażoną w ustawie z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP. Pojawia się pytanie, czy w takiej sytuacji Trybunał Konstytucyjny nie poszedłby tropem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego: podobnie jak miało to miejsce w omawianym orzeczeniu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, przeciwko przyznaniu pierwszeństwa takiej umowie międzynarodowej przemawiałyby bowiem istotne względy natury systemowej (skoro konstytucja przyznaje *expressis verbis* pierwszeństwo wobec ustaw tylko umowom międzynarodowym ratyfikowanym za uprzednią zgodą wyrażoną przez Sejm, to *a contrario* pozostałe umowy rangi ponadustawowej nie mają). Należy podkreślić, że rozstrzygnięcie takie miałyby ponadto pewne oparcie we wcześniejszym orzecznictwie sądów powszechnych i doktrynie⁴³. Z drugiej jednak strony na przeszkodzie takiemu rozstrzygnięciu stałby jednak fakt, że inaczej niż miało to miejsce w wypadku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, polski Try-

⁴¹ Zob. wyrok TK z dnia 27 kwietnia 2005 r., P 1/05 (OTK ZU 2005, nr 4A, poz. 42), pkt. III 5.5., a także M. Masternak-Kubiak, *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, Wrocław 2013, s. 51 i n.

⁴² Ku pogładowi takiemu przychyła się np. A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 552, 560.

⁴³ Zob. L. Garlicki, M. Masternak-Kubiak, *Władza sądownicza RP a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej* [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 168 i n. wraz z powołanym orzecznictwem twierdzącym, że skuteczność prawa zwyczajowego może zostać zapewniona wyłącznie przez przyjazną mu wykładnię i uznających, że ustawodawca może przelamać domniemanie chęci realizacji zobowiązań międzynarodowych w porządku wewnętrznym.

bunał Konstytucyjny zasadniczo orzekł o istnieniu wewnątrz krajowego skutku zasady *pacta sunt servanda* (zob. przyp. 41 wyżej).

5. Podsumowanie

Podsumowując, Federalny Trybunał Konstytucyjny w omawianym postanowieniu nie odstępując od swojego wcześniejszego orzecznictwa zdecydował się, w jakimś stopniu w sposób twórczy, skorygować jego dotychczasowe interpretacje w doktrynie. Przede wszystkim jasno podkreślił aktualność wyrażonej jeszcze na początku swojego funkcjonowania w orzeczeniu *Reichskonkordat* tezy o zwyczajnej, jedynie ustawowej randze umów międzynarodowych ratyfikowanych za pomocą zgody wyrażonej w ustawie. Po raz pierwszy wprost potwierdził, że w związku z tym możliwe jest przyjęcie ustawy mającej na celu derogowanie postanowień traktatu. Ponadto Federalny Trybunał Konstytucyjny wskazał w omawianym orzeczeniu właściwe rozumienie wcześniejszych orzeczeń wydanych w odniesieniu do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (*Görgülü* i *Sicherungsverwahrung*) wskazując, że nie można ich interpretować jako bezwarunkowego otwarcia na prawo międzynarodowe i zawarte w nich twierdzenia o konieczności badania zakresu związania RFN prawem międzynarodowym z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku nie stanowiły tylko zabiegu retorycznego⁴⁴. Federalny Trybunał Konstytucyjny w szczególności wyklucza uczynienie z zasady przychylności prawu międzynarodowemu narzędzia, pozwalającego na manipulowanie przy krajowym systemie prawnym poprzez wprowadzanie zmian do hierarchii źródeł prawa w drodze kreatywnej wykładni. Podkreślona została także kluczowa rola demokratycznej legitymacji podejmowanych decyzji, wyrażająca się w pierwszej linii właśnie w ustawie. Federalny Trybunał Konstytucyjny potwierdził w ten sposób, że przychylność prawu międzynarodowemu oznacza dobrowolne przyjęcie na siebie pewnych zobowiązań międzynarodowych, w określonym przez siebie zakresie, a nie bezwzględne podporządkowanie się prawu międzynarodowemu. Dodatkowo Federalny Trybunał Konstytucyjny *de facto*

⁴⁴ Por. Ch. Hillgruber, *Ohne rechtes Mass? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtsbofs nach 60 Jahren*, „Juristen Zeitung” 2011, s. 871.

wprowadził w omawianym orzeczeniu rozróżnienie pomiędzy przychylnością prawu międzynarodowemu, a zajmującą wyższą pozycję na gruncie konstytucji przychylnością wobec praw człowieka. Wydaje się więc, że orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego 2 BvL 1/12 doprowadziło co najmniej do istotnego doprecyzowania, jeśli nie zmiany treści zasady przyjazności prawu międzynarodowemu. W jego świetle ponadto widać, jak trafną decyzją, z punktu widzenia wyeliminowania ewentualnych kontrowersji, było wskazanie przez polskiego ustrojodawcę miejsca zajmowanego w hierarchii aktów prawnych przez umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. Jednocześnie może ono stanowić asumpt do przemyśleń nad tym, jakimi argumentami mógłby kierować się krajowy sąd rozstrzygający o konflikcie pomiędzy prawem międzynarodowym przyjętym na innej podstawie a prawodawstwem krajowym.

Streszczenie

W niemieckim systemie konstytucyjnym ważna rola przypada zasadzie przyjazności prawu międzynarodowemu. Choć nie jest ona wyrażona wprost w Ustawie Zasadniczej RFN, a jedynie, jak stwierdził Federalny Trybunał Konstytucyjny, wynika z ogółu norm Konstytucji, ma ona zasadnicze znaczenie z co najmniej kilku względów. Przede wszystkim zasada ta jest podstawą dla dyrektywy wykładni prawa krajowego (łącznie z Konstytucją) w zgodzie z treścią prawa międzynarodowego wiążącego RFN. Ponadto niektórzy pragnęliby w niej widzieć narzędzie do zapewnienia faktycznego pierwszeństwa umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą wyrażoną w ustawie wobec zwykłych ustaw. W swoim orzeczeniu 2 BvL 1/12 Federalny Trybunał Konstytucyjny dookreślił rolę pełnioną przez zasadę przyjazności prawu międzynarodowemu, wyważając ją wobec innych zasad konstytucyjnych, w szczególności zasady demokracji. Doprowadziło go to do zasadniczej afirmacji możliwości następczego uchwalania przez parlament ustaw sprzecznych z umowami międzynarodowymi ratyfikowanymi za zgodą wyrażoną w ustawie.

Słowa kluczowe: nadpisywanie traktatów, recepcja prawa międzynarodowego, prawo międzynarodowe i prawo krajowe, przyjazność prawa międzynarodowemu, federalny trybunał konstytucyjny

The principle of friendliness towards the international law: is it still the same? Some reflections about the German Federal Constitutional Court Decision 2 BvL 1/12 (treaty overriding) from 15 December 2015

S u m m a r y

The principle of friendliness towards the international law plays an important role in the German constitutional system. Although it is not expressed directly in the text of the constitution, and, as the German Federal Constitutional Court has stated, it may be only inferred from the other constitutional provisions, it plays a very important role for at least several reasons. Firstly, it serves as the basis for the friendly legal interpretation towards the international law binding the Federal Republic. Moreover, some would like to see it as a tool serving the purpose of securing the *de facto* primacy of the international treaties ratified with the parliament's consent towards the ordinary legislation. In its Decision 2 BvL 1/12 the Federal Constitutional Court at least clarified the role of the principle of the friendliness towards the international law, balancing it against other constitutional principles, especially the principle of democracy. In conclusion the tribunal has generally approved the possibility of subsequent enactment of legislation contrary to the international obligations binding the Federal Republic.

Keywords: treaty overriding, reception of international law, international law and municipal law, friendliness towards international law, federal constitutional court

Bartosz Solocho, University of Łódź, Faculty of Law and Administration, ul. Kopcińskiego 8/12, 90–232 Łódź, Poland, e-mail: bartosz.soloch@gmail.com.

SUKCESJA DÓBR KULTURY W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

1. Wstęp

Wojny, powstania i rewolty są bardzo częste we współczesnym świecie, niektóre z nich prowadzą do zmiany tożsamości państwa. Sukcesja państw jest jednym z tematów, które od zawsze wzbudzały wielkie kontrowersje. Zmiana jednego państwa w inne pociąga za sobą powstanie wielu pytań, sporów i problemów. Zasady podziału majątku i przejmowania przez sukcesora zobowiązań poprzednika nigdy nie zostały należycie uregulowane w prawie międzynarodowym. Istnieją dwie konwencje podpisane w Wiedniu (Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów z 1978 r.¹ oraz Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych z 1983 r.² – dalej: konwencja wiedeńska z 1983 r.), które podejmują próbę spisania norm postępowania. Jednak jedna z umów nie weszła w życie, a drugą konwencję przyjęło tylko niewielkie grono państw.

Państwa-sukcesorzy niemal zawsze stają przed problemem podziału mienia państwa-poprzednika, jednym z aspektów tego zagadnienia jest podział dzieł sztuki. Dobra kultury są bardzo ważnym elementem tożsamości nowo powstałych państw sukcesorów. Temat zwrotu dzieł sztuki ojczyźnie powstania jest wręcz kluczowy dla dziedzictwa kulturowego państwa. Nie powinno zatem budzić zdziwienia, dlaczego powstaje tak wiele problemów na gruncie repatriacji dóbr kultury. Warto przyjrzeć się rozwiązaniom, dotyczącym sukcesji dóbr kultury, które przyjęły państwa

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: bienia.agata@gmail.com.

¹ UN Doc. A/Conf.80/31, 22 sierpnia 1978 r. (ang. *Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties*).

² UN Doc. A/Conf. 117/14, 7 kwietnia 1983 r. (ang. *Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts*).

po secesji Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich oraz rozpadzie Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii.

2. Podstawowe pojęcia związane z sukcesją państw w prawie międzynarodowym

Pojęcie „sukcesja” wywodzi się z łaciny (*succedere*) i oznacza następstwo prawne, wstąpienie w ogół uprawnień. Na gruncie prawa rzymskiego sukcesja głównie była stosowana przy dziedziczeniu i oznaczała wejście w sytuację prawną (ogół praw i obowiązków) zmarłego³. Znaczenie oraz zwrot „sukcesja” został inkorporowany do współczesnego prawa cywilnego (prawo spadkowe oraz prawo spółek handlowych) oraz do prawa międzynarodowego publicznego. W prawie międzynarodowym sukcesja pojawia się w odniesieniu do państw, jednak ma inne znaczenie niż to utrwalone w prawie cywilnym. Jak słusznie wskazuje J.L. Brierly: „państwa nie umierają w sensie dosłownym, ich ludność i terytorium nie znikają, lecz jedynie podlegają zmianie o charakterze politycznym”⁴. W rzeczywistości zarówno ludność jak i terytorium pozostają takie same, zatem żeby móc mówić o sukcesji, niezbędna jest zmiana władzy.

Doktryna znacznie ograniczyła znaczenie słowa „sukcesja”. Pojęcie to nie obejmuje: czasowej okupacji, rewolucyjnej zmiany rządu ani istotnych zmian granic państwowych. Zgodnie z definicją zawartą w konwencji wiedeńskiej z 1978 r.: „Sukcesja państw oznacza zastąpienie jednego państwa przez inne w odpowiedzialności za międzynarodowe stosunki na tym terytorium”⁵. W związku z zastąpieniem wygasają prawa i obowiązki jednego państwa oraz powstają w to miejsce prawa i obowiązki innego państwa⁶. Sukcesja występuje w przypadku: rozpadu jednego państwa na więcej podmiotów prawa międzynarodowego (np. rozpad Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii), secesji – odłączenia się od państwa części terytorium i powstanie nowych państw (np. secesja Związku

³ Zob. W. Włodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2014.

⁴ J.L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, New York 1963, s. 152.

⁵ Tłumaczenie Autora.

⁶ L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 549.

Socjalistycznych Republik Radzieckich), zjednoczenia – dwóch państw w jedno (np. Republika Jemeńska).

Istnieją również inne formy zmiany władzy zwierzchniej nad terytorium. Nie jest to sukcesja w ścisłym znaczeniu tego słowa. Jednak wydarzenia te powodują problemy podobne do tych związanych z sukcesją państw. Przykładowo można wymienić: cesję terytorium – odstąpienie innemu państwu części swojego terytorium (np. cesja wzajemna między Rzeczpospolitą Polską i ZSRR w 1951 r.), inkorporację – włączenie jednego państwa do drugiego (np. inkorporacja Niemieckiej Republiki Demokratycznej przez Republikę Federalną Niemiec) oraz dekolonizację – uzyskanie niepodległości przez państwa będące dawnymi koloniami (np. wyzwolenie się Togo spod rządów Francji). Jednak pytania dotyczące podziału mienia, archiwów i dóbr kultury pozostają takie same, jak te postawione przy sukcesji państw *sensu stricto*.

Istnieją dwie umowy międzynarodowe, które regulują problematykę sukcesji państw. Obie powstały w ramach systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych: Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów z 1978 r. oraz Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych z 1983 r. Tylko pierwsza z przytoczonych konwencji weszła w życie. Konwencja wiedeńska z 1983 r. zacznie obowiązywać po przyjęciu jej przez 15 państw, obecnie ratyfikowało ją zaledwie siedem. Rzeczpospolita Polska nie jest stroną żadnej z powyższych konwencji.

Można mówić o wielu elementach wchodzących w skład sukcesji państw. Istnieje, między innymi, sukcesja: traktatów, długów, obywatelstwa, zobowiązań międzynarodowych, mienia, archiwów, służby publicznej oraz dóbr kultury i dzieł sztuki. Dalsza część niniejszej pracy poświęcona jest sukcesji dóbr kultury.

3. Sukcesja dóbr kultury

Należy określić, jakie przedmioty mieszczą się w pojęciu dóbr kultury. Kamil Zeidler przedstawia następującą definicję: „dobro kultury sensu largo należy rozumieć jako określoną wartość należącą do świata

kultury i mogącą stanowić przedmiot ochrony prawnej”⁷. Pojęcie „dobra kultury” obejmuje więc swoim zakresem bardzo wiele obiektów. Każdy przedmiot, który ma związek z kulturą i może być chroniony prawnie, jest dobrem kultury. Przy sukcesji dóbr kultury sukcesorzy zwykle zawężają swoje roszczenia repatriacyjne do naprawdę istotnych przedmiotów wchodzących w skład dziedzictwa kulturowego państwa.

Sukcesja dóbr kultury następuje w momencie ich przejęcia przez państwo-sukcesora. Problem pojawia się w przypadku, gdy istnieje kilka państw-sukcesorów i każde z nich rości sobie prawo do danej rzeczy. W tym momencie należy postawić kilka zasadniczych pytań. Czy i na jakich warunkach obiekty te powinny wrócić do państwa, z którego pochodzą? Na jakich warunkach następuje rozdział dóbr kultury? Kto powinien decydować, które z państw otrzyma dzieła sztuki i jakie zasady należy stosować przy podziale? Odpowiedź na powyższe pytania ma kluczowe znaczenie, gdyż częstokroć w sytuacjach poprzedzających sukcesję wiele przedmiotów o wartości kulturalnej zostało wywiezionych z kraju pochodzenia.

Na wstępie należy odróżnić podobne pojęcia związane z dobrami kultury i prawem międzynarodowym. Słowo „restytucja” używa się jako oznaczanie zwrotu dóbr kultury zagarniętych niezgodnie z prawem. Zwykle stosuje się je, mówiąc o grabieżach wojennych, ale swoim znaczeniem obejmuje również dzieła ukradzione podczas pokoju. Pojęcia „powrót” w kontekście dóbr kultury używa się, mając na myśli zwrot dziedzictwa kulturowego państwu, w którym ono powstało. Zazwyczaj „powrót” odnosi się do nielegalnego eksportu lub używane jest w sytuacji zwrotu dzieł sztuki przez mocarstwo kolonialne dawnej kolonii.

Przy sukcesji dóbr kultury najczęściej stosowane pojęcie to „repatriacja”. Słowo, wywodzące się od łacińskiego *repatriatio*, oznacza powrót do kraju ojczystego. Pojęcie „repatriacja” jest stosowane w stosunku do osób lub rzeczy, które w skutek różnych okoliczności znalazły się poza granicami ojczyzny. Sukcesja dóbr kultury polega na zwróceniu państwu-sukcesorowi dzieł sztuki i innych przedmiotów o wartości kulturalnej od innego państwa, w którym obiekty kulturalne aktualnie się znajdują.

⁷ K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa 2007, s. 44.

4. Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych

Jedynym dokumentem, w którym można szukać podstaw prawnych do sukcesji dóbr kultury jest konwencja wiedeńska z 1983 r. Ta wielostronna umowa powstała staraniem Komisji Prawa Międzynarodowego. Jako organ pomocniczy Organizacji Narodów Zjednoczonych, Komisja chciała skodyfikować prawo zwyczajowe dotyczące sukcesji państw. W rzeczywistości Komisja znacznie rozszerzyła i rozwinęła przepisy, które znalazły się w konwencji. Jest to jeden z głównych powodów braku ratyfikacji konwencji wiedeńskiej z 1983 r. przez wymaganą liczbę państw i oczekiwania na jej wejście w życie do dnia dzisiejszego.

Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych w art. 8 podaje definicję: „Mienie państwowe państwa poprzednika oznacza mienie, prawa i interesy, które w dniu sukcesji państw zgodnie z prawem wewnętrznym państwa poprzednika były jego własnością”⁸. Dobra kultury mieszczą się więc w definicji mienia państwowego państwa poprzednika. Można więc przyjąć, że zasady, które rządzą sukcesją mienia, dotyczą również dóbr kultury.

Artykuły konwencji, które wspominają o sukcesji mienia rozróżniają sukcesje w zależności od typu na: przekazanie części terytorium państwa, powstanie nowego niepodległego państwa, zjednoczenie się państw, odłączenie się jednej lub kilku części państw oraz rozpad państw. Co do zasady mienie ruchome związane z działalnością państwa poprzednika na terytorium, którego dotyczy sukcesja państw, przechodzi na państwo-sukcesora⁹.

Jeżeli przyjąć identyczny reżim prawny w stosunku do dóbr kultury, jaki obowiązuje mienie ruchome, dzieła sztuki należące do państwa-poprzednika przypadłyby państwu-sukcesorowi, z którego terytorium dzieło o znaczeniu kulturalnym było związane. Jest to dość niejasna koncepcja, która rodzi wiele pytań praktycznych dotyczących podziału dóbr kultury pomiędzy sukcesorów. W sytuacji, w której każde

⁸ Tłumaczenie Autora.

⁹ Wskazują na to następujące artykuły konwencji wiedeńskiej z 1983 r.: 14 § 2 pkt b, 15 § 1 pkt d, 17 § 1 pkt c oraz 18 § 1 pkt c.

z państw-sukcesorów przypisywałoby związek danego dzieła ze swoim terytorium, opierając roszczenie o miejsce wytworzenia, miejsce urodzenia lub zamieszkania twórcy, trudno byłoby zdecydować, na podstawie jakiego kryterium dobra kultury powinny zostać legalnie powierzone jednemu państwu, wobec sprzeciwu innych sukcesorów.

5. Praktyka państw odnośnie sukcesji dóbr kultury

Jednym ze źródeł prawa międzynarodowego jest zwyczaj. Zgodnie z art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości zwyczaj międzynarodowy jest dowodem istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo¹⁰. Trudno określić, czy postępowanie państw w przypadku sukcesji dóbr kultury może być już traktowane jako prawo. Warto przyjrzeć się, jaka jest praktyka państw w tej kwestii. Ze względu na swoją specyfikę rozdział dóbr kultury zawsze nastęrcza wielu trudności. Państwa, które stanęły przed zadaniem podzielenia dóbr kultury między państwa-sukcesorów, regulowały tę materię w umowach. W większości przypadków były to umowy dwustronne, chociaż praktyka państw w tym względzie jest różna.

Pierwsze poważne problemy repatriacji dóbr kultury w Europie powstały po zjednoczeniu się Włoch. Następne wielkie zmiany polityczne: rozpad Austro-Węgier, I wojna światowa, II wojna światowa oraz przemiany po 1989 r. skutkowały potrzebą rozliczenia między sukcesorami roszczeń repatriacyjnych. Zwrot dóbr kultury miał pomóc w odtworzeniu dziedzictwa kulturowego nowo powstałych państw. Każda umowa mająca na celu sukcesję dóbr kultury opierała się na więzi terytorialnej między przedmiotem a jego miejscem pochodzenia. Jak wskazuje Wojciech Kowalski przyjęcie więzi terytorialnej obiektu jako kryterium repatriacji jest uzasadnione „dążeniem do przywrócenia integralności dziedzictwa kulturowego przekazywanych terytoriów czy wręcz państw, które te terytoria odzyskiwały lub budowały na nich swoją odzyskaną

¹⁰ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90).

państwowość”¹¹. Pogląd ten wyraził już w 1939 r. Charles de Visscher¹² oraz zgodził się z nim Stanisław Nahlik w 1958 r.¹³

Największym problemem przy przyjęciu więzów terytorialnych jako kryterium zwrotu dóbr kultury jest potrzeba odpowiedniego udowodnienia pochodzenia dzieł sztuki. Repatriacja może dotyczyć przedmiotów wywiezionych wiele wieków wcześniej, w takich sytuacjach trudno znaleźć dokumenty potwierdzające powstanie danego obiektu na terytorium państwa sukcesora. Z tego powodu, dokonując rozliczeń dóbr kultury, w niektórych umowach państwa zdecydowały się dołączyć zapis o duchowym dziedzictwie terytorium. *Patrimoine intellectuel* pozwala na repatriację przedmiotów o dużej wartości duchowej dla państwa. Przykładem takiej klauzuli jest załącznik XIV traktatu pokojowego między Włochami i Węgrami z 1947 r. Włochy zobowiązały się przekazać wymienionym państwom-sukcesorom „wszystkie przedmioty o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej należące do spuścizny kulturalnej odstąpionego terytorium, które w okresie, gdy terytorium znajdowało się pod panowaniem włoskim, zostały stamtąd zabrane bez zapłaty i są w posiadaniu rządu włoskiego lub włoskich instytucji”¹⁴. Kryterium przyjętym w tym traktacie był jedynie związek duchowy przedmiotu z dziedzictwem kulturowym przekazywanych ziem. Państwa często decydowały się również na „repatriację zastępczą”. Jeżeli jakieś przedmioty nie mogły zostać zwrócone, strony umowy zobowiązywały się do przekazania w zamian przedmiotów podobnego rodzaju i wartości. Repatriacja zastępcza ma na celu zapewnienie poczucia sprawiedliwości państwom, których przedmioty, choć powinny, nie mogą zostać zwrócone.

Państwa, które dokonują rozliczeń dóbr kultury, często stosują zasadę wzajemności. Zasada ta polega na ochronie narodowego dziedzictwa kulturowego wszystkich zainteresowanych państw. Często wiele państw rości

¹¹ W. Kowalski, *Repatriation of Cultural Assets* [w:] *Cultural assets and the problem of property: the case of Central Europe after 1989*, red. G. Czubek, P. Kosiewski, Warszawa 2005, s. 154.

¹² Ch. de Visscher, *Les monuments historiques et oeuvres d'art. en temps de guerre et les traites de paix* [w:] *La protection des monuments et oeuvres d'art. En temps de guerre. Manuel technique et juridique*, Paryż 1939, s. 153.

¹³ S.E. Nahlik, *Grabież dzieł sztuki. Rodowód zbrodni międzynarodowej*, Warszawa–Kraków 1958, s. 246.

¹⁴ W. Kowalski, *Repatriation...*, s. 157.

sobie prawa do tego samego przedmiotu i uważa go za część swojego *patrimoine intellectuel*. Takie sytuacje uniemożliwiają repatriację. Zgodnie z zasadą wzajemności chronione są interesy każdej strony. Rozwiązaniem takiej sytuacji często jest utworzenie zbioru przedstawiającego wspólne dziedzictwo kulturowe i poddanie go pod wspólny zarząd zainteresowanych państw.

Warto przyjrzeć się praktyce państw dotyczącej sukcesji dóbr kultury. Secesja Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich oraz rozpad Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii spowodowały duże zmiany na arenie międzynarodowej. Nowopowstałe państwa-sukcesorzy rościli sobie prawa do dóbr kultury, które uważały za swoje *patrimoine intellectuel*, a jednocześnie znalazły się one poza granicami ich państw.

6. Secesja Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich

Układ białowiecki z dnia 8 grudnia 1991 r. powoływał do życia Wspólnotę Niepodległych Państw, a tym samym ogłaszał koniec istnienia Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich jako bytu prawa międzynarodowego. Prawnicy specjalizujący się w zagadnieniu sukcesji państw są zgodni, że w Wiskulach nie doszło do rozpadu ZSRR tylko do secesji¹⁵. Układ białowiecki podzielił byłe państwa ZSRR na Federację Rosyjską jako państwo-kontynuatora oraz pozostałe republiki jako państwa-sukcesorów. Secesja Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich sprawiła wiele problemów na gruncie własności mienia publicznego oraz dóbr kultury byłych republik oraz Rosji.

Źródłem problemów przy sukcesji dóbr kultury Związku Radzieckiego był fakt, że wiele przedmiotów o wartości artystycznej i historycznej państw-sukcesorów znajdowało się na terytorium innych państw. Taki stan rzeczy miał miejsce głównie w przypadku muzeów i magazynów rosyjskich, gdzie przechowywano dobra kultury ze wszystkich zakątków

¹⁵ K. Karski, *Rozpad Związku Radzieckiego a prawo międzynarodowe*, Warszawa 2015, s. 212. Wskazuje również na to decyzja Rady Szefów Państw Wspólnoty Niepodległych Państw z 21 grudnia 1991 r., dotycząca członkostwa Rosji, Białorusi i Ukrainy w ONZ. Należy tutaj wspomnieć, że miejsce jednego z pięciu stałych członków Rady Bezpieczeństwa ONZ zajęła Federacja Rosyjska jako kontynuator ZSRR.

ZSRR¹⁶. Sprawę postanowiono rozwiązać w Mińsku w lutym 1992 r. na posiedzeniu Rady Szefów Państw Wspólnoty Niepodległych Państw. Przedstawiciele sukcesorów i kontynuatora ZSRR podpisali wtedy porozumienie o zwrocie przedmiotów o wartości kulturalnej i historycznej państwom ich pochodzenia – dalej umowa z 1992 r.¹⁷

Porozumienie zawierało zobowiązanie państw do zwrotu dóbr kultury państwu, z którego pochodziło. Artykuł 1 umowy z 1992 r. ustanawiał obowiązek „zwrotu narodom ich pochodzenia dzieł sztuki, pomników, eksponatów muzealnych, archiwalnych rękopisów, dokumentów i innych przedmiotów kultury i sztuki by dobrze służyć odrodzeniu narodowych kultur, ochronie i dalszemu rozwojowi wspólnych dóbr kultury i sprzyjać umocnieniu współpracy między niezależnymi państwami”¹⁸. W celu zwrotu dzieł sztuki umowa przewidywała utworzenie międzypaństwowej komisji. Zgodnie z art. 2 państwa miały utworzyć „na zasadach równorzędnych międzynarodową komisję dla określenia mechanizmu i praktycznych zasad zwrotu dóbr kultury i historii państwom-członkom Wspólnoty, określenia kategorii dóbr kultury i historii podlegających zwrotowi”¹⁹. Porozumienie jednak nigdy nie weszło w życie, ponieważ Rada Najwyższa Federacji Rosyjskiej w dniu 5 maja 1992 r. uchyliła jego obowiązywanie na terytorium rosyjskim ze względu na niezgodność postanowień porozumienia z ustawodawstwem Rosji. Decyzja władz rosyjskich stanowi jawnie naruszenie prawa międzynarodowego, ponieważ państwo nie może powoływać się na wewnętrzne przepisy w celu uchylenia się od zobowiązań międzynarodowych.

Kolejną próbą odzyskania dóbr kultury przez państwa-sukcesorów Związku Radzieckiego od Federacji Rosyjskiej było podpisanie w Taszkencie dnia 15 maja 1992 r. porozumienia o współpracy kulturalnej²⁰. W umowie nie znalazły się żadne kategoryczne sformułowania. Jednak

¹⁶ Więcej o polityce ZSRR dot. dób kultury zob. W. Kowalski, *Restytucja dzieł sztuki w prawie międzynarodowym*, Katowice 1989.

¹⁷ Umowa o zwrocie dóbr kultury i historii państwom ich pochodzenia podpisana w Mińsku 14 lutego 1992 r.

¹⁸ Cyt. za „Rossijska Gazieta” z dnia 24 lutego 1992 r.

¹⁹ Cyt. za „Rossijska Gazieta” z dnia 24 lutego 1992 r.

²⁰ Porozumienie o współpracy kulturalnej nie zostało podpisane przez Republikę Azerbejdżańską.

i to porozumienie zostało odrzucone przez władze Federacji Rosyjskiej. W piśmie zastępcy ministra kultury i turystyki Rosji do Rządu Republiki Białorusi z grudnia 1992 r. zostało przedstawione stanowisko władz rosyjskich, zgodnie z którym jakiegokolwiek roszczenia repatriacyjne mogą być rozważane jedynie na płaszczyźnie umów dwustronnych.

Odzyskanie przez sukcesorów ZSRR dóbr kultury stało się jeszcze trudniejsze po wydaniu przez Borysa Jelcyna specjalnych dekretów. Dekret nr 1478, podpisany przez prezydenta Federacji Rosyjskiej, o szczególnie cennych obiektach dziedzictwa kulturowego narodów Federacji Rosyjskiej został wydany w listopadzie 1992 r. i ograniczał możliwość realizacji roszczeń repatriacyjnych. Dokument ten rozszerzał wydany w listopadzie roku poprzedniego dekret nr 294 o szczególnie cennych obiektach dziedzictwa narodowego Rosji, który wymienia 16 muzeów i instytucji rosyjskich, gwarantując ich pozostawanie w stanie nienaruszonym w interesie obecnych i przyszłych pokoleń.

Kolejnym etapem w procesie porządkowania sytuacji dóbr kultury było dodanie do uchwały o współpracy kulturalnej punktu o ważności współpracy dotyczącej repatriacji dóbr kultury. Uchwała została przyjęta przez zastępców ministrów kultury członków Wspólnoty Niepodległych Państw w maju 1997 r. w Kijowie. Podejście Federacji Rosyjskiej do zwrotu dóbr kultury najlepiej przestawia stwierdzenie M. Bogusławskiego, który oświadczył, że „za podstawę powinna zostać przyjęta zasada przynależności do republiki, na terytorium której przechowywane jest dzieło sztuki. Tylko w wyjątkowych przypadkach, w celu ponownego połączenia zbioru lub kolekcji, może być podniesiona potrzeba zwrotu”²¹.

Jak łatwo zauważyć sukcesja dóbr kultury państw-sukcesorów i kontynuatora Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich jest skomplikowanym zagadnieniem polityczno-prawnym. Państwa wchodzące w skład Wspólnoty Niepodległych Państw próbowały rozwiązać problem sukcesji dóbr kultury w 1992 r. poprzez podpisanie porozumienia i powołanie komisji, jednak ze względu na opór ze strony Federacji Rosyjskiej umowa nigdy nie została wykonana. Następne próby porozumień również nie okazały się efektywne. Władze Federacji Rosyjskiej skutecznie blokowały

²¹ M.M. Bogusławskij, *Nie dielit', a sbienegat'*, „Kultura” 1992, nr 2, s. 12.

kolejne przymiarki rozwiązania sporu o dobra kultury. Na dzień dzisiejszy sukcesja dzieł sztuki i przedmiotów o wartości kulturalnej w państwach kiedyś wchodzących w skład ZSRR nie została rozstrzygnięta i wydaje się, że będzie to stan trwały²². Federacja Rosyjska konsekwentnie odmawia zwrotu przedmiotów o wartości kulturalnej i historycznej państwom ich pochodzenia.

7. Rozpad Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii

Po zakończeniu działań zbrojnych państwa-sukcesorzy Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii, po dwutygodniowej konferencji, podpisały dnia 29 czerwca 2001 r. układ w Wiedniu – dalej: układ z 2001 r.²³ Umowa ta bezpośrednio reguluje materię podziału dziedzictwa kulturowego. Zgodnie z umową mienie ruchome Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii należy do tego z państw-sukcesorów, na terytorium którego było w momencie ogłaszania przez nie niepodległości. Zasada ta jednak nie dotyczy dóbr kultury, które mają duże znaczenie dla dziedzictwa kulturowego innego państwa-sukcesora pochodzących z jego terytorium. Artykuł 3 ust. 2 aneksu A wymienia przykładowe takie dobra kultury: „dzieła sztuki, manuskrypty, książki i inne obiekty o charakterze artystycznym, historycznym lub archeologicznym mające znaczenie dla Państwa, a także kolekcje naukowe i ważne zbiory książek lub archiwaliów”²⁴. W dalszej części tego samego artykułu strony umowy zgodziły się przekazać dobra kultury o dużym znaczeniu dla innego państwa, temu państwu, jeśli obiekty te pochodzą z jego terytorium. Państwo-sukcesor, chcąc odzyskać swoje dobra kultury, musiało zidentyfikować te przedmioty najpóźniej dwa lata od wejścia układu w życie.

Artykuł 5 ust. 1 Aneksu A układu z 2001 r., ustanawia Wspólny Komitet do spraw Sukcesji Mienia Ruchomego i Nieruchomego (ang. *Joint Committee on Succession to Movable and Immovable Property*). Komitet miał

²² K. Karski, *Rozpad...*, s. 259.

²³ *Agreement on Succession Issues between the Five Successor States of the Former State of Yugoslavia*, ILM 2002, t. 41, s. 5 i n.

²⁴ Tamże; tłumaczenie Autora.

rozstrzygać spory, które powstały na gruncie podziału mienia państwowego oraz dóbr kultury byłej Jugosławii²⁵.

Układ z 2001 r. jest bardzo ciekawą regulacją. Należy zwrócić uwagę, w jak stosunkowo krótkim czasie państwa niedawno walczące przeciwko sobie doszły do porozumienia i podpisały umowę²⁶. Dodatkowym atutem układu jest całościowe uregulowanie materii sukcesji. W aspekcie sukcesji dóbr kultury strony umowy przyjęły zasadę terytorializmu, ograniczyły ją jednak jedynie do przedmiotów mających duże znaczenie dla dziedzictwa kulturowego zainteresowanego państwa-sukcesora. Nieostre pojęcia, które zostały użyte w umowie, umożliwiają szeroką interpretację i otwierają możliwość sporów na tle stosowania układu z 2001 r. Słusznym więc rozwiązaniem było powołanie Komitetu do spraw Sukcesji Mienia Ruchomego i Nieruchomego, który miał rozstrzygać spory wynikające z roszczenia sobie praw do tych samych przedmiotów dziedzictwa kulturowego przez różne państwa-sukcesorów.

8. Podsumowanie

W przypadku sukcesji państw prawie zawsze powstaje potrzeba uregulowania zagadnienia własności dóbr kultury. Co do zasady państwo-sukcesor przejmuje przedmioty artystyczne, historyczne i archeologiczne, które znalazły się na jego terytorium w momencie ogłaszania niepodległości. Historia pokazuje, że pojawia się zwykle konieczność uregulowania kwestii dotyczących dóbr kultury wywiezionych poza granice państwa. Repatriacja jest tą konstrukcją prawną, która pozwala na powrót wywiezionych przedmiotów do miejsca powstania.

Konwencja wiedeńska z 1983 r. nie poddaje dóbr kultury w specjalny reżim prawny. Zgodnie z tą regulacją mienie ruchome państwa-poprzednika przechodzi na sukcesora. W praktyce państwa starały się rozwiązać problem sukcesji dóbr kultury w umowach multi- lub bilateralnych, jednak nie zawsze umowy te były efektywnie wcielane w życie. Dla zwiększenia

²⁵ W. Kowalski, *Repatriacja dóbr kultury w sytuacji cesji terytorialnej i rozpadu państw wielonarodowościowych*, Warszawa 1998, s. 18.

²⁶ Więcej o rozpadzie i konsekwencjach polityczno-prawnych zob. I. Rylska, *Rozpad Jugosławii. Przyczyny i przebieg*, Kielce 2003.

skuteczności wykonywania postanowień umownych państwa czasami powoływały specjalne komitety, było tak np. w przypadku rozpadu Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii – powstałe państwa powołały Komitet do spraw Sukcesji Mienia Ruchomego i Nieruchomego.

Problem sukcesji dóbr kultury jest ciągle aktualny i będzie się pojawiać przy każdym przypadku sukcesji państw. Praktyka państw pozwoliła na wyłonienie reguł i klauzul typowych, które mają na celu sprawiedliwe rozliczenie dóbr kultury pomiędzy państwami-sukcesorami. Jednak, jak pokazuje przykład secesji Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich, wielkie znaczenie ma dobra wola wszystkich państw zaangażowanych w sukcesję dóbr kultury.

Streszczenie

Każda sukcesja państw niesie ze sobą potrzebę uregulowania zagadnienia dóbr kultury. Sukcesja dóbr kultury polega na przejściu ich przez państwo-sukcesora. Konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych z 1983 r. jest jedyną umową międzynarodową, która zajmuje się tą materią. Repatriacja dóbr kultury następuje na podstawie więzi terytorialnej przedmiotu oraz przynależności do *patrimoine intellectuel* sukcesora. Secesja Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich oraz rozpad Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii postawiły państwa-sukcesorów przed trudnym zagadnieniem podzielenia dóbr kultury. Sukcesorzy ZSRR, mimo wielu prób, do dzisiaj nie uregulowali kwestii własności przedmiotów wartościowych dla dziedzictwa kulturowego państw. Państwa bylej Jugosławii podpisały porozumienie i stosunkowo szybko rozliczyły się z dziedzictwa kulturowego.

Słowa kluczowe: sukcesja państw, dobra kultury, konwencja wiedeńska o sukcesji państw w odniesieniu do mienia, archiwów i długów państwowych

State succession in cultural property in international law

S u m m a r y

Each case of succession of states carries the need to regulate the problem of cultural property. Succession of cultural property occurs when the successor inherits the property from his predecessor. The Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, signed in 1983, is the only international agreement concerning this matter. The repatriation of cultural property takes place based on the item's territorial bonds and the affiliation to the successor's *patrimoine intellectuel*. The secession of the Union of Soviet Socialist Republics and the disintegration of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia left the successor states facing the sensitive issue of dividing the cultural goods between themselves. To date, despite numerous attempts of resolving the problem, the successors of the USSR have failed to regulate the issue of ownership in the case of items valuable to the states' cultural heritage. The countries of former Yugoslavia signed an agreement and dealt with the subject of cultural heritage relatively quickly.

Keywords: succession of states, cultural property, Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts

Agata Bienia, University of Warsaw, Faculty of Law and Administration, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, Poland, e-mail: bienia.agata@gmail.com.

SPOSOBY OCHRONY „SŁABSZEJ STRONY” UMOWY ZAWIERANEJ ZA POMOCĄ WZORCA W POLSKIM PRAWIE ZOBOWIĄZAŃ XX I XXI WIEKU

1. Wstęp

Powstanie masowego obrotu gospodarczego, w którym po jednej stronie stanęły ogromne przedsiębiorstwa, zaś po drugiej – liczni odbiorcy korzystający ze świadczonych przez nie dóbr i usług, doprowadziło do wytworzenia się mechanizmów ułatwiających takim przedsiębiorcom prowadzenie działalności, w tym zwłaszcza zawieranie umów. Miało to miejsce między innymi poprzez przygotowywanie przez przedsiębiorców standaryzowanych wzorów dla masowo zawieranych umów (wzorów umownych).

Mając na uwadze zagrożenia, jakie wynikają z takiego zawierania umów, tylko w Polsce XX i XXI wieku stosowano różne sposoby uregulowania tego zjawiska, zmieniające się wraz z sytuacją społeczną, ekonomiczną, a także polityczną, a przez to interesująco odzwierciedlające zjawiska pozaprawne w treści norm prawnych. Niezależnie od tego, regulacje te zawsze spełniały jednak dwie podstawowe funkcje – od ograniczenia ich stosowania po ochronę tej strony, której są one narzucone¹.

Zawieranie bowiem umów przy pomocy wzorca umownego wykorzystuje faktyczną nierówność stron, z której jedna jest autorem całej treści umowy (proponent), a druga – by uzyskać świadczenie od pierwszej – w zasadzie jest zmuszona do wyrażenia zgody na przygotowany wcześniej bez jej udziału zestaw warunków (przystępujący, adherent). Choć powszechnie przyjmuje się, że wzorce umowne funkcjonują dzięki

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, e-mail: w.banczyk@onet.eu.

¹ F. Zoll, *Potrzeba i kierunek nowelizacji kodeksowego ujęcia problematyki wzorców umownych*, „Biuletyn Rady Legislacyjnej” 1997, nr 1, s. 59–60.

zasadzie swobody umów, to zarazem stanowią jej faktyczne ograniczenie². Swoboda umów przystępującego ogranicza się bowiem do wyboru między zawarciem a niezawarciem umowy³, bo zawarcie umowy o treści innej niż wzorcowa raczej jest faktycznie niemożliwe. Nawet jednak w tym zakresie swoboda ta może być zupełnie pozorną – zwłaszcza, gdy jej przedmiotem ma być dostarczenie dobra niezbędnego do przeżycia (np. energii elektrycznej) w warunkach faktycznie utrudnionej konkurencji.

Funkcjonowanie wzorców umownych w obrocie jest jednak powszechną praktyką o niewątpliwych zaletach. Pozwala na obniżenie kosztów transakcyjnych przedsiębiorstwa, ułatwienie jego funkcjonowania w obrocie (przy faktycznej niemożliwości uwzględniania indywidualnych potrzeb kontrahentów), przyspieszenie obrotu, a także kalkulację ryzyka dla większej ilości przedmiotowo tożsamyh umów. Wskazuje się także, że mogą stanowić punkt wyjścia dla negocjacji czy tworzenia zwyczajów handlowych⁴, a nawet ustalania spójnej interpretacji ich postanowień⁵.

Mając na uwadze opisane wyżej szanse, ale i zagrożenia wynikające z jednostronnego tworzenia i stosowania wzorców umownych, stopniowo zaczęły one podlegać regulacji prawnej. Jak bowiem wskazuje się w doktrynie, nie jest możliwe zakazanie w obrocie korzystania ze wzorców umownych, a zatem regulacja musi je „ucywiliżować”⁶ i ochronić „słabszą stronę” przed negatywnymi dla niej konsekwencjami ich stosowania.

² M. Bednarek [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 673; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 293; o tym, że regulacja prawna wyznacza jej granice – W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–44910*, red. K. Pietrzykowski, t. 1, Warszawa 2015, s. 1229; o tym, że bez ograniczenia stosowania wzorców umownych zasada ta traci cały wymiar etyczny, który początkowo ją legitymizował – F. Zoll, *Natura prawna wzorców umownych*, PiP 1998, nr 5, s. 50; por. M. Pecyna, *Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim*, Kraków 2003, s. 36; M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre problemy prawne związane z korzystaniem z nienormatywnych wzorców umownych*, „Rejent” 1995, nr 9, s. 119.

³ A. Pyrżyńska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–44910*, red. M. Gutkowski, t. 1, Warszawa 2016, s. 1384; F. Zoll, *Natura...*, s. 54.

⁴ M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 118.

⁵ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 605.

⁶ Tamże, s. 607; zob. także M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 127; F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 61.

W kodeksach prawa cywilnego dwudziestowiecznej Polski – rozporządzeniu Prezydenta RP z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.) – dalej: k.z., oraz wielokrotnie nowelizowanej w tym zakresie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.) – dalej: k.c.⁷ tego typu unormowania były dokonywane na wiele różnych sposobów, które w zasadzie objęły wszystkie możliwe modele uregulowania instytucji wzorca umownego – skrajnie różne w zakresie przyjętego sposobu ochrony adherenta. Funkcja ochronna realizowała się w takich sytuacjach poprzez ograniczenie kompetencji do tworzenia wzorców, zawężenie zakresu treści możliwych do uregulowania we wzorcu, kontrolę związania stworzonym wzorcem, badanie samej ich treści, a w ramach tego kontrolę sądową lub administracyjną – czyli, w zasadzie, wszystkie możliwe sposoby ochrony⁸. Jest to jednak trudne – jako że stosujący wzorce zawsze wyprzedzą zastosowaną regulację ochronną poprzez wymyślanie nowych sposobów wprowadzenia do umowy postanowień krzywdzących dla kontrahentów⁹, które zarazem są dla nich korzystne.

Każdy z tak opisanych reżimów zapewniał różne sposoby na zbalansowanie niewątpliwie istotnych w dzisiejszym świecie, a stojących w niewątpliwym konflikcie, dóbr (swobody działalności gospodarczej i praw „słabszej strony”, zwykle konsumenta). Ten trwały konflikt niekoniecznie był jednakowo rozstrzygany, gdy dokonywano kodyfikacji omawianej instytucji w polskich kodeksach prawa cywilnego tworzonych na potrzeby odmiennych sytuacji społeczno-gospodarczych (a zatem także różnych systemów prawnych), jakich doświadczano w Polsce XX i XXI wieku. Mając to na uwadze, celem niniejszego artykułu jest pokazanie powiązania wytworzonej instytucji prawnej z rzeczywistością społeczno-ekonomiczną, w której spełniała ona swoją funkcję, a ponadto

⁷ Zob. zwłaszcza pkt. 4 i 5–8. Ze względu na objętość opracowania pominięto w nim regulacje wzorców umownych w ustawach szczególnych – por. M. Bednarek, *Wzorce umów w prawie polskim*, Warszawa 2005, s. 229 i n. wraz z przytoczona tam literatura.

⁸ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 614.

⁹ Tamże, s. 607; M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 119.

zestawienie pozaprawnej rzeczywistości z dobranym modelem regulacji instytucji wzorców umownych, w tym sposobem ochrony adherenta. W związku z tym opis instytucji prawnej, samej w sobie niezwykle ciekawej i wzbudzającej olbrzymie zainteresowanie doktryny prawniczej oraz orzecznictwa sądowego, zostanie w niniejszym artykule dokonany przede wszystkim z perspektywy zastosowanego w danych okolicznościach sposobu ochrony „słabszej strony”, który zostanie zestawiony z ogólnymi i trwałymi tendencjami, a następnie ocenione zostanie jego rzeczywiste funkcjonowanie.

2. Istota wzorców umownych - związanie stron a ochrona „słabszej strony”

Wzorzec umowny, zgodnie z definicją Małgorzaty Bednarek, stanowi gotowe klauzule umowne, przygotowane z góry, jednostronnie (lub na zlecenie jednej strony), na użytek przyszłych umów¹⁰. Choć wydaje się, że zawarcie umowy wymaga najczęściej tylko indywidualnego ustalenia osoby adherenta, a i tak nie zawsze ma to miejsce (np. wzorzec umowny – regulamin przewozu)¹¹, to należy zwrócić uwagę na stanowisko Małgorzaty Bednarek, że „wzorce występują w obrocie również w formie gotowych formularzy umowy (wzory umów, umowy typowe lub umowy standardowe), w których wypełnia się jedynie „puste” miejsca przeznaczone na indywidualizację podmiotową (określenie nazwy drugiej strony umowy), oznaczenie, bądź tylko uszczegółowienie przedmiotu świadczenia oraz na uzupełnienie innych zmiennych bądź wariantowych elementów umowy”¹². Wzorcem umownym może być także jedna klauzula¹³. W tym zakresie podkreślić należy, iż przygotowanie „z góry” i potrzeba

¹⁰ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 596.

¹¹ C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, t. 3, cz. 2, Warszawa 2013, s. 154.

¹² M. Bednarek [w:] *System...*, s. 597. O tym, że jest nim zwłaszcza formularz, w którym strona jedynie wybiera jedną z kilku dostępnych opcji – także A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1400–1401; A. Olejniczak, *Art. 385 [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, t. 3, Lex 2014, nb. 2.

¹³ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 601; A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1388, raczej także – o braku znaczenia objętości M. Rejdak, *Definicja terminu „wzorzec umowy konsumenckiej”*, RPEiS 2005, nr 3, s. 117; M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 123; odmiennie A. Olejniczak, *Art. 384 [w:] Kodeks...*, nb. 4.

ochrony przed nim dotyczy klauzul kształtujących prawa i obowiązki stron, a nie konieczności całą treść umowy. W ramach jednej umowy możliwe jest również skorzystanie z kilku wzorców umownych.

Obok pojęcia „wzorzec umowny” dla określenia tej instytucji prawnej w doktrynie występują także terminy „umowy typowe”, „ogólne warunki umów”, „regulaminy”, których znaczenia bywały w historii różne. Przyjmuje się, że ich nazwa nie ma znaczenia¹⁴, a wszystkie łącznie mieszczą się w zakresie pojęcia „wzorzec umowny”, co obecnie znajduje uzasadnienie w treści art. 384 § 1 k.c. (od dnia 1 lipca 2000 r.¹⁵), a wcześniej znajdowało uznanie w doktrynie prawniczej¹⁶. Mając to na uwadze, pojęcie wzorca umownego będzie używane w niniejszym artykule dla wszystkich tego typu regulacji tej instytucji opisywanych.

Sporne jest przy tym, czy wzorzec umowny stanowią także klauzule indywidualnie narzucone drugiej stronie¹⁷. W odróżnieniu od nich wzorzec umowny jest bowiem z założenia przystosowany do wielokrotnego stosowania¹⁸. Należy jednak zwrócić uwagę, że z punktu widzenia adherenta nie ma wielkiej różnicy między stosowaniem narzuconych mu postanowień stosowanych też w kontaktach z innymi kontrahentami, czy tylko z nim – co zyskuje szczególne znaczenie, jeśli to ochrona adherenta postawionego w takiej sytuacji miała być celem regulacji, a adherent może nie odróżnić klauzul indywidualnie narzuconych od wzorca umownego¹⁹. Należy zatem przyjąć, że w przypadku klauzul indywidu-

¹⁴ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 601; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Boćian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 161; A. Pyrżyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1388; M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre ...*, s. 123; ale mimo braku różnic prawnych na pewne różnice wskazują m.in. jako wyraz formy zewnętrznej – A. Olejniczak, *Art. 384 [w:] Kodeks...*, nb. 4; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016, s. 154; jako wyraz zwyczaju nazewniczego – F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 67.

¹⁵ Zmiana Kodeksu cywilnego nastąpiła z wejściem w życie ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. z 2012 r. poz. 1225).

¹⁶ Zob. tytuł fundamentalnego opracowania – E. Łętowska, *Wzorce umowne*, Warszawa 1975.

¹⁷ Raczej nie – m.in. M. Bednarek [w:] *System...*, s. 602 – bo można tylko podczas negocjacji, objęte konsensem; podobnie A. Pyrżyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1388.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 26 marca 2010 r., I CSK 444/09 (Lex nr 583733); Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 154; M. Rejda, *Definicja ...*, s. 127.

¹⁹ Por. M. Pecyna, *Kontrola...*, s. 58; F. Zoll, *Natura...*, s. 49; F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 89.

alnie narzuconych miałyby miejsce jedynie taka różnica względem wzorców umownych, że dowód stosowania pierwszych powinien spoczywać na adherencie²⁰. Od takiej sytuacji stosowania gotowego zestawu klauzul na potrzeby jednej transakcji należy jednak odróżnić tę, w której klauzule indywidualnie narzucone powstają w trakcie negocjacji²¹. W każdym razie nie sposób nie zauważyć, że zbliżone instytucje często powodują w obrocie zbliżone problemy, w tym związane z ochroną „słabszej strony”, nie mniej w sytuacji, w której artykuł podejmie się rozszerzenia problematyki ochrony „słabszej strony” umowy zawieranej za pomocą wzorca także o nie, zostanie to wyraźnie zasygnalizowane.

Zawarcie umowy z użyciem wzorca może być postrzegane niejako z dwóch perspektyw, co także znajduje odzwierciedlenie w ich nazewnictwie. Poza bowiem wykorzystaniem wzorca umownego w kontraktowaniu stosuje się także pojęcie przystąpienia do umowy w formie wzorca umownego jednej ze stron (adhezję). Według Ewy Łętowskiej jest to związane z odmiennym rozłożeniem akcentów w systemach prawnych różnych państw, na podstawie których tworzyła się terminologia. Nauka niemiecka chętniej zajmuje się bowiem charakterem prawnym tego typu wzorców w znaczeniu przedmiotowym, zaś nauka francuska – raczej ich wpływem na ogólne zasady zawarcia umowy i uznanie za jego wariant zawarcia umowy poprzez przystąpienie²².

Typowo wyróżnia się dwa podstawowe modele, na podstawie których ocenia się status prawny wzorców i formę prawną związania nim w konkretnej umowie między proponentem a adherentem. W ramach pierwszego z nich, zwanego konsensualnym, zwraca się uwagę, że podmiot przystępujący wyraża zgodę na zawarcie umowy na podstawie wzorcowych postanowień przygotowanych przez swego kontrahenta i w ten sposób to formalny (bo czasem jedynie domniemany) konsens stron nadaje im moc prawną w konkretnym przypadku²³. Z kolei w świetle koncep-

²⁰ F. Zoll, *Natura ...*, s. 49; F. Zoll, *Potrzeba ...*, s. 90.

²¹ Zob. argument dot. rzeczywistego wpływu na treść klauzul opisany w pkt. 7.2.

²² E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 19–21.

²³ Por. rozważania dot. zasadności użycia pojęcia konsensu w kontekście umów zawieranych z pomocą wzorca umownego zacytowane w: E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 22.

cji normatywnej uznaje się samoistną moc prawną wzorców istniejących w obrocie niezależnie od zawieranych na ich podstawie umów, często na podobieństwo przepisów prawnych.

W nauce polskiej, w nawiązaniu do powyższych teorii, Zbigniew Radwański wyróżnia trzy podstawowe uzasadnienia prawne dla związania przystępującego do umowy wzorcem stosowanym przez drugą stronę²⁴. Ich omówienie nie ma jednak podstawowego znaczenia dla niniejszego artykułu, dlatego zostaną omówione w sposób uproszczony. Pierwsza, w której uznaje się niektóre wzorce umowne wprost za normy prawne, stanowi pochodną ich tworzenia z użyciem źródeł powszechnie obowiązującego prawa, np. rozporządzeń. Należy ją jednak uznać za zarzuconą, a to z uwagi na nieadekwatność do współczesnego stanu prawnego²⁵, który – w odróżnieniu od stanu prawnego w latach 1934–2000 – nie zakłada już istnienia wzorców umownych będących powszechnie obowiązującymi aktami prawa²⁶. Teoria ta jest ponadto nie do pogodzenia z zamkniętym katalogiem źródeł prawa, a zatem jedynym źródłem legitymizacji dla stosowania wzorców umownych musi być ich pochodzenie z konsensu stron²⁷. Dlatego też druga teoria odwołuje się do pochodzenia związania wzorcem każdorazowo z woli stron, przy bardzo różnych sposobach rozumienia konsensu²⁸. W jej ramach powstała m.in. teoria Czesławy Żuławskiej o konsensie normatywnym, wedle którego określonego zachowaniu – doręczeniu wzorca – na podstawie przepisu prawa przypisuje się spowodowanie konsensu²⁹. Teoria ta została jednak skrytykowana przez Fryderyka Zolla jako nieadekwatna, ponieważ ustawodawca zawsze wiąże skutek złożenia oświadczenia woli z określonym stanem

²⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 155.

²⁵ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 168; zob. także pkt. 7.

²⁶ F. Zoll, *Natura...*, s. 47, wskazuje, że taki charakter np. dla wszystkich wzorców wydawanych w okresie PRL.

²⁷ Tamże, s. 51.

²⁸ Tak np. rozmaite domniemania, które mogą obiektywizować i formalizować konsens stron – zob. E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 191–193.

²⁹ C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 163.

faktycznym, a zatem każdy konsens jest poniekąd „normatywny”³⁰. Największą akceptację w doktrynie wzbudza jednak, zdaje się, trzecia teoria, wypracowana przede wszystkim przez Ewę Łętowską³¹. Uznaje ona wzorzec za jednostronne, kwalifikowane oświadczenie woli, które kształtuje umowę, nie będąc jej częścią – na podobieństwo elementów z art. 56 k.c., np. w postaci utrwalonych, unormowanych zwyczajów obrotu³². Ma to miejsce za sprawą odrębności umowy od wzorca umownego – jaką ma wyrażać porównanie treści wzorca umownego i umowy z art. 385 § 2 k.c. oraz poddanie go abstrakcyjnej kontroli³³. Nawet gdy jednak rozróżnia się pogląd drugi i trzeci, nie sposób nie zauważyć, że zwolennicy trzeciego wskazują, że adherent właściwie zawsze godzi się (przynajmniej przez brak sprzeciwu) na stosowanie w umowie z nim wzorca³⁴, przy czym zgoda ta ma inny charakter niż ta wyrażana przy zawieraniu umów w drodze indywidualnego kontraktowania. Warto zatem stwierdzić, że konsensualna teoria związania stron wzorcem umownym nie stoi na przeszkodzie przyjęciu priorytetu ustaleń indywidualnych na podstawie rzeczywistego konsensu nad ustaleniami wzorca umownego. Warto też wskazać, że tam, gdzie tego konsensu w jakiegokolwiek formie nie sposób znaleźć – jako źródło obowiązywania można wskazać ustawowe dozwoleństwo na korzystanie ze wzorców umownych³⁵.

Specyfika wzorców umownych, niezależnie od przyjętej koncepcji prawnej związania nimi stron umowy, powoduje, że w ich stosowanie wpisane jest zagrożenie dla sytuacji osoby, która będzie związana jego postanowieniami, mimo braku swojego zaangażowania w proces ich tworzenia. Dlatego też – w zasadzie już wraz z rozpoznaniem istoty wzorca

³⁰ F. Zoll, *Natura...*, s. 53.

³¹ E. Łętowska, *Prawo...*, s. 318–319; por. także M. Bednarek [w:] *System...*, s. 596; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 156; A. Olejniczak, *Art. 384 [w:] Kodeks...*, nb. 5–6; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 636.

³² Odnośnie do odróżnienia zwyczaju od mającego charakter normy prawnej prawa zwyczajowego – zob. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995, s. 152, por. także E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 35.

³³ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 156.

³⁴ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 608; M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 121; F.Zoll, *Natura...*, s. 57.

³⁵ F. Zoll, *Natura...*, s. 57.

umownego jako wiążącego strony umowy – prawo cywilne zaczęło tworzyć sposoby ochrony takiej „słabszej strony” umowy zawieranej z jego pomocą. Należy przy tym zwrócić uwagę, że taką „słabszą stroną” niekoniecznie musi być konsument-adherent w zestawieniu z proponentem-przedsiębiorcą, choć niewątpliwie właśnie ta relacja jest najbardziej prawdopodobna, jak też wzbudza największe zainteresowanie z perspektywy potrzeby ochrony adherenta. Należy jednak zwrócić uwagę, że problem spotykający osobę przystępującą do umowy zawieranej za pomocą wzorca, która to osoba jest słabsza intelektualnie (nie zna sensu i konsekwencji umowy) i ekonomicznie (nie dominuje na rynku)³⁶ w niewielkim stopniu zmienia się w zależności od kwalifikacji podmiotowej stron umowy. Funkcją zaś przepisów ochronnych wobec „słabszej strony” umowy zawartej za pomocą wzorca ma być nie tyle ochrona konsumenta będącego w gorszej pozycji w porównaniu z przedsiębiorcą, ale przywrócenie słuszności kontraktowej w umowach zawieranych w taki sposób, że strona przystępująca pozostaje w takiej pozycji względem strony proponującej³⁷. Mając to na uwadze, wskazuje się, że obecne ustawodawstwo w przypadku ogólnych norm ochronnych w zakresie wzorców umownych zmierza w podobnym kierunku, co w odniesieniu do obrotu konsumenckiego³⁸. Dlatego też na potrzeby niniejszego artykułu pojęcie „słabszej strony” będzie oznaczało każdego przystępującego, a istnienie reguł szczególnych – występujących zwłaszcza w wymagającej szczególnej interwencji relacji przedsiębiorca-proponent i konsument-adherent – będzie każdorazowo podkreślane.

Jako że stosowanie wzorców umownych niewątpliwie jest elementem procesu zawierania i wykonywania umowy, to musi ono podlegać ogólnym instrumentom prawnym chroniącym uczestników obrotu. W przypadku wzorców umownych będą nimi zwłaszcza: klauzula nadużycia prawa (art. 5 k.c.), nieważność umów sprzecznych z prawem lub dobrymi

³⁶ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 152.

³⁷ F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 81; por. także M. Bednarek [w:] *System...*, s. 606, która wyraźnie wskazuje, że także przedsiębiorca może stać się ofiarą asymetrii informacyjnej; podobnie ponadto M. Pecyna, *Kontrola...*, s. 75.

³⁸ C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 155.

obyczajami (art. 58 k.c.), błąd co do treści czynności prawnej (art. 84 k.c.), brak skuteczności zawarcia umowy (art. 61 w zw. z art. 66 k.c.), wyzysk (art. 388 k.c.), odpowiedzialność na zasadach ogólnych³⁹.

Szczególne zagrożenia pozycji „słabszej strony” stoją jednak u podstaw regulacji wzorców umownych w ten sposób, że prowadzą do wykształcenia się w nich specyficznych form ochrony⁴⁰. Mają one znaczenie nie tylko etyczne, ale przede wszystkim pozwalają na zabezpieczenie instytucji prawnej współpracy kontraktowej⁴¹ oraz uwzględnienie interesów także „słabszej strony”, które jednak nigdy nie doprowadzi do zrównania ich pozycji⁴².

Taka ochrona może się dokonywać na różne sposoby, które mogą albo ograniczać związaną stron postanowieniami wzorca umownego, albo wpływać na treść wiążącego dla stron wzorca. W praktyce da się wyodrębnić kilka takich modeli. Pierwszym z nich jest ograniczenie przedmiotowe wzorca umownego, który np. może tylko dookreślać umowę zawartą na zasadach ogólnych i wzbogacać jej treść jedynie o szczegółowe kwestie. Drugim jest przyznanie kompetencji do tworzenia wzorców tylko upoważnionym podmiotom, najczęściej niezaangażowanym w konkretny stosunek prawny. Zakłada się, że będą one w równy sposób rozkładały ciężar ryzyka umowy oraz prawa i obowiązki stron – tak, jak gdyby postanowienia zostały wspólnie wynegocjowane przez równorzędne podmioty⁴³, a zatem nie byłaby potrzebna już kontrola treści takiego wzorca. Podobny efekt będzie możliwy przy uruchomieniu mechanizmu obowiązkowego zatwierdzania wzorca do stosowania przez podmiot niezaangażowany w stosunek prawny. Trzecim sposobem jest umożliwienie dowolnego tworzenia wzorców, które będą *post factum* poddawane kontroli pod kątem zgodności z prawem – zarówno co do skuteczności związania stron, jak również co do treści wiążącego wzorca.

³⁹ E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 257.

⁴⁰ Tamże, s. 48.

⁴¹ Tamże, s. 221; zadośćuczynić jedynie fikcyjny charakter konsensu – M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 124; wyrównać pozycje prawne stron – F. Zoll, *Natura...*, s. 53.

⁴² E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 41.

⁴³ Tamże, s. 275.

Taka kontrola może być prowadzona zarówno przez sąd lub organ administracyjny.

Należy przy tym wskazać, że w razie przyjęcia normatywnej koncepcji pochodzenia wzorców *sensu stricto* teoretycznie nie istnieje problem ochrony „słabszej strony” tak zawartej umowy. Istota procesu legislacyjnego i jego oparcie na zasadach równości oraz nieuprzywilejowania ma wyłączać możliwość pokrzywdzenia któregokolwiek z podmiotów, którego sytuacja będzie regulowana przez wzorzec umowy będący jednocześnie aktem prawa powszechnie obowiązującego. Takie rozwiązanie nie występuje jednak w zasadzie nigdy w „czystej postaci”⁴⁴ – z uwagi na niepraktyczność wyłączenia możliwości tworzenia wzorców przez uczestników obrotu prawnego, a ponadto zaangażowanie prawodawcy (państwa, samorządu) w działalność gospodarczą⁴⁵. Z każdego z tych dwóch powodów normatywny charakter pochodzenia związania wzorcem umownym nie może stanowić skutecznego sposobu rozwiązania problemu ochrony „słabszej strony”.

3. Źródła wzorców umownych u jurystów rzymskich i ich dzieje do XX wieku

Formy standaryzacji umów zawieranych w masowym obrocie zdają się wywodzić swój początek jeszcze ze starożytnego Rzymu, choć prawnicy rzymscy niewątpliwie nie przywiązywali do nich największej wagi. Niemniej, należy zauważyć, że kwestia standaryzowanych postanowień wpływających na pojedyncze umowy i wynikające z nich problemy już wtedy zostały dostrzeżone. Na znalezionej na terenie Rzymu tabliczce (CIL VI, 33747) przedstawione zostało ogłoszenie przedsiębiorcy zawierające informacje dotyczące przedłużania umowy składu, granic jego odpowiedzialności oraz zabezpieczeń, które poczynił na powierzonych mu przedmiotach⁴⁶. Ulpian wskazywał na związanie kontrahenta świadczącego działalność gospodarczą postanowieniami takich swoistych wzorców umów, o ile znajdowały się one w widocznym miejscu i zapi-

⁴⁴ Zob. wyżej.

⁴⁵ Zob. pkt. 5 i 6.

⁴⁶ W. Dajczak [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bèrier, *Trener akademicki. Prawo rzymskie*, Warszawa 2010, s. 176.

sano je w sposób czytelny oraz zrozumiały⁴⁷. Labeon zwrócił zaś uwagę, że gdy przedsiębiorca, zamieściwszy informację o ograniczeniu przedmiotowym swej działalności, postępuje z nim sprzecznie, należy go traktować tak, jak gdyby postanowienia nie umieścił⁴⁸. Jurysta postawił zatem uzgodnienie indywidualne ponad typowym.

Kwestia wzorców umownych zasadniczo pozostała jednak poza zainteresowaniem twórców prawa aż do przełomu XIX i XX wieku – czasów umasowienia sprzedaży dóbr i usług⁴⁹. Choć dziesiętnastowieczna doktryna wypowiadała się na temat zasadności i prawnie-etycznych konsekwencji zastosowania wzorców umów⁵⁰, to jako przykład pierwszego w Europie normatywnego ujęcia tej problematyki podaje się dopiero Kodeks zobowiązań⁵¹.

4. Wzorce umowne w Kodeksie zobowiązań z 1933 r.

Polski Kodeks zobowiązań z założenia opierał się na zasadzie równości stron oraz swobody umów, jednak – ze względu na charakter ówczesnej produkcji i handlu – regulował niektóre instytucje w taki sposób, by zwiększyć bezpieczeństwo uczestników obrotu, ochronić ich zaufanie, jak również promować uczciwość poprzez poddanie dokonywanych czynności prawnych obiektywnym regulom ocennym⁵². W takim liberalnym duchu, który jednak nie pozostawał obojętny na tendencje socjalistyczne, skodyfikowane zostały również zasady sporządzania umów wzorcowych i reguły podporządkowywania stron ich postanowieniom.

Artykuł 71 k.z.⁵³ poruszał kwestię regulaminu, który miał wiązać stronę, jeżeli mogła ona swobodnie dowiedzieć się o jego istnieniu, o ile

⁴⁷ D. 14,3,11,3.

⁴⁸ D. 19,2,60,6.

⁴⁹ W. Dajczak [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 520.

⁵⁰ Por. przykłady podane przez E. Łętowską, *Wzorce...*, s. 21.

⁵¹ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 638; E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 18; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 153; M. Rejda, *Definicja...*, s. 114.

⁵² S. Plaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym – okres międzywojenny – cz. 3*, Kraków 2001, s. 162.

⁵³ Artykuł 71 k.z.: „§ 1. Regulamin, wydany przez jedną ze stron, wiąże drugą stronę tylko wówczas, gdy został jej wręczony przy zawarciu umowy, a jeżeli posługiwanie się regulaminem jest zwyczajowo

jego stosowanie było w określonych sytuacjach zwyczajowo przyjęte. Regulamin pozostawał jednak znacząco ograniczony przedmiotowo – mógł zostać sporządzony jedynie w celu uzupełnienia zawartej umowy, w zakresie z nią niesprzecznym. Niemożliwe było zatem, by sprzeciwiał się postanowieniom ustawy, chyba że chodziło o przepisy *ius dispositivum*⁵⁴. Taki charakter związania stron bez potrzeby wyrażenia na nie zgody drugiego kontrahenta podyktowany był praktycznymi względami masowego obrotu, który uniemożliwiał indywidualne negocjowanie szczegółowych kwestii umów zawieranych w szablonowy sposób, np. w teatrze, zakładach użyteczności publicznej, przedsiębiorstwach przewozowych⁵⁵. Ochrona „słabszej strony” była realizowana poprzez umożliwienie zapoznania się z tekstem regulaminu przed zawarciem umowy lub – w przypadku pojawienia się go w trakcie związania umową – możliwością jej wypowiedzenia po zapoznaniu się z nim.

W art. 72 k.z.⁵⁶ uregulowano problematykę wzoru umowy (umowy typowej), który już w całości mógł regulować jej treść (włącznie z jej *essentialia negotii*). Zarzucenie zasady swobody kształtowania postanowień umownych przez strony zrównoważono podmiotowym ograniczeniem jego stosowania. Wzorce umowne musiały być wydawane lub zatwierdzane przez władzę państwową albo samorządową (doktryna dopuszczała również do tego grona także pewne organizacje czy komitety⁵⁷) i wiązały stronę tylko wtedy, gdy zawierano kontrakt z powołaniem się⁵⁸

w danych stosunkach przyjęte – także wówczas, gdy druga strona mogła z łatwością dowiedzieć się o treści regulaminu.

§ 2. Regulamin, wydany w czasie trwania stosunku prawnego o charakterze ciągłym, wiąże drugą stronę, jeżeli zostały zachowane przepisy paragrafu poprzedzającego, a druga strona nie wypowiedziała umowy z najbliższym terminem wypowiedzenia.

§ 3. Regulamin nie może sprzeciwiać się umowie”.

⁵⁴ J. Korzonek, I. Rosenbluth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1936, s. 181.

⁵⁵ R. Longchamps de Brier, *Motywy Komisji Kodyfikacyjnej do ostatecznego tekstu kodeksu* [w:] *Kodeks...*, s. 182.

⁵⁶ Artykuł 72 k.z. „Jeżeli istnieje wzór umowy (umowa typowa), wydany lub zatwierdzony przez władzę państwową lub samorządową, wówczas strony, zawierające umowę z powołaniem się na ten wzór, są związane jego postanowieniami”.

⁵⁷ J. Korzonek, I. Rosenbluth, *Kodeks...*, s. 183.

⁵⁸ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 638, wskazuje, że dopuszczalne było także dorozumiane powołanie się nań.

na taki wzór (chyba że miał on charakter wiążący nadany przez ustawę)⁵⁹. Przepis, stosowany przede wszystkim do umów z zakresu dostarczania wody, gazu, elektryczności i usług przewozowych, uzasadniano zwłaszcza jedynie wtórnym charakterem wobec istniejącej już praktyki zawierania umów przez adhezję i dążeniem do „zapobieżenia korzystania z tej formy w celu pokrzywdzenia”⁶⁰.

W Kodeksie zobowiązań można zatem wyodrębnić dwa zróżnicowane modele wzorców umownych, które zmniejszały możliwość pokrzywdzenia strony przystępującej w ten sposób, że ich stosowanie było albo ograniczone przedmiotowo i swobodne podmiotowo, albo ograniczone podmiotowo i swobodne przedmiotowo. Kontrola samej treści wzorców była natomiast możliwa tylko na podstawie przepisów ogólnych⁶¹. Wobec braku podobnych regulacji w innych krajach, już samo istnienie takich unormowań należy uznać za pionierskie zwrócenie uwagi na pozycję „słabszej strony”. Wedle dzisiejszych opinii omawiane unormowanie stanowiło bowiem ważny przejaw ograniczenia możliwego pokrzywdzenia słabszej ekonomicznie strony⁶². Doktryna cywilistyczna PRL uważała ten skutek za szczególnie istotny, ponieważ traktowała umowy zawierane za pomocą wzorca umownego jako narzędzia „bezprzykładnego wyzysku szerokich rzesz konsumentów ze strony zmonopolizowanych przedsiębiorstw kapitalistycznych”⁶³.

5. Ewolucja koncepcji wzorców umownych w cywilistyce PRL

W systemie prawno-gospodarczym Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej zasada swobody umów wyraźnie straciła znaczenie (choć wciąż miała uchodzić za kierunkową⁶⁴), zwłaszcza wobec powstania potrzeby państwa socjalistycznego, by centralnie kierować gospodarką, tak np. poprzez wytyczanie priorytetów kontraktowania. „Pewne doniosłe ogranicze-

⁵⁹ J. Korzonek, I. Rosenbluth, *Kodeks...*, s. 182.

⁶⁰ R. Longchamps de Brier, *Motywy...*, s. 183.

⁶¹ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 640; M. Pecyna, *Kontrola...*, s. 132.

⁶² S. Plaza, *Historia...*, s. 162.

⁶³ Z. Radwański [w:] *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, cz. 2, red. F. Ryszka, Warszawa 1968, s. 197.

⁶⁴ W. Czachórski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1963, s. 159.

nia dla podmiotów uspołecznionych, wykonujących zadania planowe, wprowadzały tzw. ogólne warunki umów”⁶⁵. W ten sposób w cywilistyce PRL przystosowano wzorce umowne z Kodeksu zobowiązań do potrzeb gospodarki planowej⁶⁶, a tak wypracowany sposób interpretowania przepisów Kodeksu zobowiązań w myśl socjalistycznej doktryny prawa cywilnego wzmocniony był przez szereg szczegółowych aktów prawnych zmieniających istotę prawa obligacyjnego. Nowa regulacja Kodeksu cywilnego w tym zakresie także została dostosowana do zasad panujących w Polsce Ludowej, w tym znaczącej ingerencji państwa w gospodarkę.

Artykuł 384 § 1 k.c. regulował kwestię ogólnych warunków umów oraz wzorów umów między jednostkami gospodarki uspołecznionej albo między tymi jednostkami a innymi osobami, które mogły być ustalane przez Radę Ministrów lub z jej upoważnienia przez inny naczelny organ administracji państwowej w dowolnej formie prawnej (uchwały, zarządzenia, rozporządzenia)⁶⁷. Istotną nowością był art. 384 § 2 k.c.⁶⁸, który pozwalał tak sformułować wzorzec, żeby wykluczyć możliwość odmiennego uregulowania praw i obowiązków stron poprzez indywidualną umowę. Przyznawał mu zatem niejako moc bezwzględnie obowiązującą oraz funkcję automatycznego kształtowania treści umowy. Niewątpliwie takie rozwiązanie jest sprzeczne z typowym rozumieniem koncepcji wzorca umownego, ale należy je uznać za wynikające z regulacyjnej funkcji w systemie gospodarki planowej.

Artykuł 385 k.c.⁶⁹ normował regulamin w sposób podobny do rozwiązania znanego z Kodeksu zobowiązań – jedynym wyjątkiem było

⁶⁵ Tamże, s. 160.

⁶⁶ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 153.

⁶⁷ E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 96.

⁶⁸ Artykuł 384. § 2. k.c. (1964 r.): „Przepisy przewidziane w paragrafie poprzedzającym mogą określać, w jakich granicach nie będą dopuszczalne postanowienia umowne odbiegające od ustalonych warunków lub wzorów umów”.

⁶⁹ Artykuł 385 k.c. (1964 r.) „§ 1. Regulamin wydany przez stronę upoważnioną do tego przez właściwe przepisy [...], jak również regulamin zatwierdzony przez właściwy organ państwowy wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przy zawarciu umowy, a jeżeli posługiwanie się regulaminem jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte – także wtedy, gdy druga strona mogła z łatwością dowiedzieć się o treści regulaminu. [...]

§ 3. Regulamin nie może być sprzeczny z umową”.

dotatkowe ograniczenie w jego stosowaniu. Kompetencję do wydawania aktów będących uszczegółowieniem umowy miały tylko podmioty upoważnione do tego przez właściwe przepisy i w granicach tych przepisów (jak również regulaminów zatwierdzonych przez właściwy organ państwowy). Taki wzorzec (kwalifikowany) pozostawał wiążący poza umową stron i kształtował umowę na równi z ustawą, zasadami współżycia społecznego oraz przyjętymi zwyczajami, czyli elementami z art. 56 k.c. – a zatem uzupełniał umowę, „nie wchodząc do jej treści”⁷⁰. Przedmiotowa zmiana była zgodna z dominującą tendencją podporządkowania treści zawieranych umów celom, ku którym dążył ówczesny aparat państwowy, a ponadto umożliwiała „kontrolę nad respektowaniem interesów tej strony, która zawiera umowę przez adhezję”⁷¹. Stosunkowo niewielki odsetek wzorców podlegał weryfikacji, stąd też użyteczność tej instytucji była dość ograniczona⁷².

Wzorce umowne (inne niż te z art. 384–385 k.c.) mogły być także stosowane na ogólnych zasadach kontraktowych, wobec braku ustawowego zakazu⁷³, a zatem pod warunkiem zaistnienia konsensus uzasadniającego możliwość zawarcia umowy. Nie podlegały jednak w takiej sytuacji żadnej kontroli specyficznej dla wzorców umownych⁷⁴.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że, podobnie, jak w regulacji Kodeksu zobowiązań, Kodeks cywilny obowiązujący w czasach PRL nie zakładał jednak specyficznej kontroli treści wzorców umownych. Ograniczał się bowiem do ograniczeń przedmiotowych oraz podmiotowych ich stosowania wzorców, jak również kontroli ich treści na zasadach ogólnych⁷⁵.

Jakkolwiek priorytetową funkcją wzorców umownych w PRL było umocnienie państwowej kontroli nad gospodarką, twierdzono, że element ochronny dla kontrahentów także miał być w nią wpisany. W gospodarce

⁷⁰ E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 201–202.

⁷¹ W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1970, s. 199.

⁷² E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 211.

⁷³ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 641; Z. Radwański [w:] *System prawa cywilnego*, red. Z. Radwański, t. 3, Warszawa 1981, s. 404.

⁷⁴ E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 210–211.

⁷⁵ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 643.

socjalistycznej wzorce jako narzędzia planowania gospodarki nie mogły być bowiem niezgodne z polityką ogólnospoleczną⁷⁶. Oczywiście jest jednak, że i wtedy występowały jednostki silne ekonomicznie, które mogły standaryzować stosunki prawne na swoją korzyść⁷⁷. Problem polegał jednak na tym, że najczęściej były one jednostkami publicznymi, a zatem weryfikacją treści wzorca zajmował się często ten sam organ (działający w sferze *dominium*), który w sferze *imperium* funkcjonował w obrocie gospodarczym⁷⁸. W ten sposób teoretycznie skuteczne rozwiązanie prawne, z przyczyn polityczno-społecznych okazało się całkowicie nieskuteczne.

6. Wzorce umowne w znowelizowanym w 1990 r. Kodeksie cywilnym z 1964 r.

Przekształcenie ustrojowe Polski z 1989 r. i powstanie państwa, które m.in. nie rości już sobie pretensji do sprawowania systemowej kontroli nad funkcjonowaniem gospodarki, znalazło swój skutek w zmianie charakteru Kodeksu cywilnego. Także przepisy dotyczące wzorców umownych zostały dostosowane do potrzeb współczesnej gospodarki wolnorynkowej. Zamiast stanowić wyraz „systemowej omnipotencji państwa”, stały się narzędziem ochrony konsumenta w jego społecznej roli⁷⁹. W ramach nowelizacji⁸⁰ zastosowano wszystkie rodzaje wzorców umownych, różnione ze względu na swobodę ich tworzenia przez podmioty w obrocie prawnym we wcześniejszej części artykułu⁸¹.

Przede wszystkim, w art. 384 k.c.⁸² zostało utrzymano upoważnienie dla Rady Ministrów (od 1997 r. upoważnienie do wydania stosownego rozporządzenia) do wydawania wzorców umownych o charakterze norma-

⁷⁶ E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 231–232.

⁷⁷ Tamże, s. 236.

⁷⁸ Tamże, s. 278; zob. też F. Zoll, *Natura...*, s. 52.

⁷⁹ F. Zoll, *Natura...*, s. 47.

⁸⁰ Zmiana Kodeksu cywilnego nastąpiła wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 55, poz. 321) obowiązującej od dnia 1 października 1990 r.

⁸¹ Zob. pkt 2.

⁸² Artykuł 384 k.c. (1990 r.): „W wypadkach gdy wymaga tego ochrona interesów konsumentów, Rada Ministrów może, w drodze rozporządzenia, określić szczegółowe warunki zawierania i wykonywania umów z udziałem konsumentów”.

tywnym. Przyznano mu jednakże całkowicie odmienną funkcję – regulację szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów z udziałem konsumentów w wypadkach, gdy wymagała tego ochrona ich interesów. Stanowi to interesujący przykład wykorzystania dawnej instytucji prawnej oraz nadania jej zupełnie innej funkcji. Choć regulacja przypominała dawny art. 384 k.c., to w swej treści wróciła do źródeł z art. 72 k.z., od którego różniło je przede wszystkim wystąpienie nieużywanego w okresie międzywojennym pojęcia „konsument”, a które w tym przepisie pojawiło się wraz z regulacją z 1990 r., a w 2000 r. zostało zdefiniowane⁸³.

W art. 385 k.c. zrównano ze sobą co do przedmiotu ogólne warunki umów o różnych nazwach (w tym np. wzory umów i regulaminy). Podstawą rozróżnienia stało się przy tym kryterium podmiotowe kompetencji dla ich ustanowienia.

Artykuł 385 § 1 k.c.⁸⁴ regulował instytucję wzorca kwalifikowanego, który mógł zostać wydany przez upoważniony organ i wiązał stronę tylko, jeżeli został jej doręczony przy zawarciu umowy, zaś w razie, gdy posługiwanie się nimi było w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte – także wtedy, gdy mogła się ona z łatwością dowiedzieć się o jego treści. W doktrynie pojawiały się różne idee uzasadniające tak wyjątkową formę, wedle której tylko podmioty wprost upoważnione mogły zawrzeć umowę w taki sposób. Tłumaczono ją dogmatycznie m.in. jako tworzenie przepisów prawa stanowionego przez wyraźnie upoważnione normatywnie podmioty (co ograniczałoby tym samym koncepcję ich konsensualnego pochodzenia). Częściej uzasadniano ograniczenia ich wydawania do konkretnych podmiotów wskazanych w ustawach szczegółowych (np. w prawie bankowym) czuwaniem nad rzetelnością oraz zgodnością z prawem tak tworzonych wzorców⁸⁵. Tego rodzaju ograniczenie prawa do tworzenia wzorców umownych do pewnych podmiotów nie wyklu-

⁸³ Zob. pkt 7.1.

⁸⁴ Artykuł 385 § 1. k.c. (1990 r.): „Ogólne warunki umów, wzory umów lub regulaminy wydawane przez stronę upoważnioną do tego przez właściwe przepisy i w ich granicach wiążą drugą stronę, jeżeli zostały jej doręczone przy zawarciu umowy. W razie gdy posługiwanie się nimi jest w stosunkach danego rodzaju zwyczajowo przyjęte, wiążą one także wtedy, gdy druga strona mogła z łatwością dowiedzieć się o ich treści”.

⁸⁵ F. Zoll, *Natura...*, s. 57.

czał jednak całkowicie istnienia zagrożeń dla „słabszej strony”, ponieważ podmioty ustalające wzorce same funkcjonowały w obrocie⁸⁶ i czerpały korzyści z ich postanowień (zapewne jeszcze w większym stopniu, niż organy państwa w czasie PRL, które również tworzyły wzorce umowne niejako dla siebie).

Artykuł 385 § 2 k.c.⁸⁷ dotyczył wzorca niekwalifikowanego, w którym brak ograniczenia podmiotowego dla jego ustanawiania był balansowany przez obowiązywanie *stricte* z mocy konsensu stron. Musiały one przy tym każdorazowo wprost wyrazić zgodę na włączenie jego treści do postanowień kontraktu, niezależnie od częstotliwości występowania wzorca w obrocie. Istnienie tej regulacji było zarazem normatywnym potwierdzeniem istniejącej już w Kodeksie cywilnym za czasów PRL praktyki stosowania wzorców na ogólnych zasadach kontraktowych – konsensu stron⁸⁸. Warto przy tym zwrócić uwagę, że zgoda w odniesieniu do wzorca z art. 385 § 2 k.c. musiałaby być wyraźna, ponieważ przyjęcie dopuszczalności konkludentnej zgody na związanie wzorcem pozbawiałoby faktycznej różnicy wzorców z art. 385 § 1 i § 2 k.c.⁸⁹

Wprowadzając art. 385¹ k.c.⁹⁰, który regulował kwestię sprzeczności postanowień wzorca z indywidualnymi uzgodnieniami, ustawodawca ponownie przyznał pierwszeństwo jednostkowym ustaleniom stron. Wyraźnie wrócił w ten sposób do uprzywilejowania zasady swobody umów nad dążeniem do wykonania celów społeczno-gospodarczych (które to rządziły prawem obligacyjnym w PRL).

Regulacja zawarta w art. 385² k.c.⁹¹ stworzyła nadto nowy mechanizm ochrony praw „słabszej strony”, szczególnie istotny z punktu widzenia

⁸⁶ M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 130.

⁸⁷ Artykuł 385 § 2 k.c. (1990 r.): „Inne ogólne warunki umów [...] wiążą drugą stronę tylko wtedy, gdy znając ich treść wyraziła zgodę na włączenie ich do treści umowy. [...]”.

⁸⁸ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 644; F. Zoll, *Natura...*, s. 48.

⁸⁹ F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 72; M.A. Zachariasiewicz, *Niektóre...*, s. 131.

⁹⁰ Artykuł 385¹ k.c. (1990 r.): „W razie sprzeczności treści umowy z ogólnymi warunkami umów [...] strony są związane umową”.

⁹¹ Artykuł 385² § 1 k.c. (1990 r.): „Jeżeli ogólne warunki umów [...] zastrzegają dla strony, która je zastosowała, rażąco nieuzasadnione korzyści, druga strona może wystąpić do sądu o uznanie ich zastosowania za bezskuteczne. [...]”.

niejszego artykułu. Zmieniono bowiem nacisk w systemie ochrony przystępującego – z powszechnie występującego wcześniej ograniczenia włączenia wzorca do umowy – do przyznania w tym zakresie daleko większej swobody uzasadnionej potrzebami obrotu powiązanej z funkcją ochronną poprzez kontrolę ich treści⁹². Poza bowiem ograniczeniem samego związania strony wzorcem umownym – zarówno poprzez uniemożliwienie pewnym podmiotom wydawania wzorców, jak też przez regulowanie, jaki może być ich przedmiot – stworzono mechanizm kontroli treści wzorca już wiążącego stronę, który pozwalał na znaczące poszerzenie swobody korzystania z wzorców umownych. Tak bowiem w razie zastrzeżenia dla strony tworzącej wzorec rażąco nieuzasadnionych korzyści⁹³, przystępujący do umowy zawartej z użyciem takiego wzorca zyskiwał prawo wystąpienia do sądu o zmodyfikowanie treści umowy. Kryterium to wzbudzało jednak wątpliwości, ponieważ nie brało pod uwagę wielkości korzyści, a jedynie ich uzasadnienie⁹⁴.

Klauzule przyznające takie korzyści sąd mógł uznać konstytutywnym orzeczeniem⁹⁵ za bezskuteczne w konkretnej umowie⁹⁶ (o ile stosunki nie były obustronnie profesjonalne i za ograniczeniem czasowym do miesiąca od wykonania umowy). Ten reżim co do zasady mógł dotyczyć kontroli zarówno wzorców niekwalifikowanych, jak również kwalifikowanych, pod warunkiem rezygnacji z normatywnej koncepcji pochodzenia tych drugich (która z uwagi na sposób powstania niektórych wzorców umownych w tym czasie nie była jeszcze całkiem wykluczona, ale która wymagałaby przy tym raczej kontroli zgodności prawa z aktami wyższego rzędu). Pogląd ten zdaje się uzasadniony, gdyż wzorce (stosowane nawet przez podmioty upoważnione) w rzeczywistości realizowały interesy

⁹² F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 61.

⁹³ Pomocniczo brano pod uwagę przykładowe klauzule, co do których domniemywa się krzywdzący charakter, wymienione w załączniku do dyrektywy Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.Urz. WE L 95, s. 1) – dalej: dyrektywa 93/13, których treść została w kolejnej nowelizacji wpisana do Kodeksu cywilnego, tak: Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 155.

⁹⁴ M. Pecyna, *Kontrola...*, s. 138.

⁹⁵ F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 79.

⁹⁶ Por. kontrolę incydentalną w prawie współczesnym, zob. pkt 7.2.

strony proponującej taką formę zawarcie umowy, a nie zapewniały požądane przez akty prawa powszechnego obiektywnego wyważenia praw i obowiązków stron⁹⁷. W praktyce ten mechanizm kontrolny w zasadzie w ogóle jednak nie funkcjonował⁹⁸.

Kształt regulacji wzorców umownych w znowelizowanym Kodeksie cywilnym charakteryzował się wielką różnorodnością, a interesy „słabszej strony” chronione były za pomocą bardzo odmiennych mechanizmów. Z jednej strony ograniczone było ich tworzenie (podmiotowo lub ewentualnie przedmiotowo), z drugiej – kontrolowano ich zastosowanie *post factum*. Z pewnością takie rozwiązanie było problematyczne pod względem dogmatyki prawa cywilnego, niemniej, ze względu na krótki czas pozostawania w mocy wyżej wymienionych przepisów, ocena jego skuteczności nie mogła zostać właściwie dokonana.

7. Obecna regulacja wzorców umownych jako implementacja dyrektyw Unii Europejskiej

Obowiązujące obecnie przepisy⁹⁹ Kodeksu cywilnego regulujące problematykę zawierania umów za pomocą wzorca stanowią w dużej mierze implementację dyrektywy 93/13, której Polska dokonała w 2000 r. dla harmonizacji krajowego porządku prawnego z prawem Unii Europejskiej, do której miała przystąpić. Celem ustawodawcy unijnego było m.in. zapewnienie konsumentom jednolitej ochrony przed nadużyciami ze strony przedsiębiorców, a zwłaszcza przed stosowaniem przez nich jednostronnie narzuconych, nieuczciwych, a także niezrozumiałych postanowień umownych. Takie dążenie Rady Wspólnot Europejskich (obecnie utożsamianej z Radą Unii Europejskiej) zostało zrealizowane m.in. poprzez określenie przykładowego katalogu niedozwolonych klauzul kontraktowych, które w rażący sposób naruszają równowagę kontraktową i w związku z tym nie będą wiążąły stron, mimo zawarcia ich

⁹⁷ F. Zoll, *Natura...*, s. 52.

⁹⁸ F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 77–78.

⁹⁹ Zmiana Kodeksu cywilnego nastąpiła wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. z 2000 r. Nr 22, poz. 271), obowiązującej od dnia 1 lipca 2000 r.

we wzorcu¹⁰⁰. Wypracowano również reżim kontroli, za pomocą którego badano realizowanie praw „słabszej strony” zarówno w konkretnych sytuacjach, jak również *in abstracto*. Choć dyrektywa ta skupiała się na ochronie konsumentów, wraz z jej implementacją dokonano szeregu zmian w regulacji wzorców umownych, które dotknęły także szerszej kategorii podmiotów¹⁰¹.

W ramach tej nowelizacji Kodeksu cywilnego przestano kwalifikować wzorce według upoważnienia do ich stanowienia oraz jakkolwiek rozróżniać ich typy i całkowicie przeorganizowano istotę prawnej regulacji ich tworzenia oraz kontroli. Przede wszystkim skupiono się na eliminowaniu z obrotu (poprzez wyłączenie związania nimi) treści naruszających równość stron – zwłaszcza poprzez takie postanowienia, które przyznawały przystępującemu mniejsze prawa m.in. w zakresie zawarcia, wykonania, zmiany, rozwiązania lub odstąpienia od umowy, jak również związanego z nią zakresu odpowiedzialności. Szczegółowe zasady tej regulacji dalej podlegały jednak zmianom już w ramach obowiązywania przepisów w XXI wieku.

7.1. Ochrona przed związaniem wzorcem umownym

Pierwszą grupę norm chroniących „słabszą stronę” umowy zawieranej za pomocą wzorca stanowią te regulujące w ogóle związania strony wzorcem. Regulacja Kodeksu cywilnego ostatecznie porzuciła bowiem koncepcję wzorca jako źródła prawa oraz ograniczenia podmiotów w ich uprawnieniach co do stosowania wzorców – a zatem pierwszym sposobem na kontrolę wykorzystania wzorca do kształtowania umowy jest unormowanie tego, czy konkretny wzorzec został skutecznie włączony do umowy.

Nowy art. 384 k.c. reguluje kwestie związania strony postanowieniami wzorca umowy, jeżeli zostanie doręczony jej stronie przed podpisaniem. Chodzi tu przy tym o faktyczne doręczenie, które umożliwia rzeczywiste

¹⁰⁰ W załączniku do dyrektywy, którego treść została wpisana do art. 385³ k.c.

¹⁰¹ Jak już wskazano, zmiany dotyczące szczególnych kategorii podmiotów zostaną odpowiednio oznaczone.

zapoznanie się ze wzorcem umownym¹⁰², a którego nie zastępuje pokwitowanie lub innego rodzaju potwierdzenie nieistniejącego doręczenia¹⁰³. Doręczenie jest też szczególnie ważne, jako że indywidualizuje wzorec obowiązujący w danym stosunku prawnym¹⁰⁴.

Regulacja tworzy zarazem wyjątek od tej zasady, wedle którego w razie zwyczajowo przyjętego stosowania wzorca będzie on wiązał adherenta także wtedy, gdy nie wiedział on o jego istnieniu, ale z łatwością się mógł o nim dowiedzieć¹⁰⁵. O łatwości dowiedzenia się o jego istnieniu dla ustalenia związania nim powinno się brać pod uwagę zdolności percepcji abstrakcyjnie pojmowanego, przeciętnego klienta-konsumenta (chyba, że adresowany jest np. do klienta-profesjonalisty)¹⁰⁶. W przypadku umów z udziałem konsumenta zastosowanie wzorca, o którym konsument powinien był wiedzieć, będzie miało miejsce jedynie wobec powszechnie zawieranych umów w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego. Doktryna wskazuje na cztery kryteria, które dopiero łącznie pozwolą zastosować ten przepis – klasyfikując umowę jako bagatelną. Stanowią je:

¹⁰² A. Olejniczak, *Art. 384* [w:] *Kodeks...*, nb. 11; A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1390; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 637; C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 163; o tym, że ta możliwość ma być łatwa także W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1229 oraz M. Bednarek [w:] *System...*, s. 684; P. Podrecki, F. Zoll, *Odpowiedzialność podmiotów świadczących usługi* [w:] E. Traple, M. du Vall, *Ochrona konsumenta*, Warszawa 1998, s. 138; por. F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 71.

¹⁰³ M. Bednarek, *Wzorce...*, s. 81; chyba, że została swobodnie podjęta decyzja o uzupełnieniu umowy o nieznaną treść wzorca umownego – tak A. Olejniczak, *Art. 384* [w:] *Kodeks...*, nb. 11. W innym wypadku będzie to miało jedynie znaczenie dowodowe, że został doręczony – tak W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1229.

¹⁰⁴ P. Podrecki, F. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 137.

¹⁰⁵ Dowód zwyczajowości korzystania z wzorców umownych obciąża proponenta – tak W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 166; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 638; ale – zdaje się – trafniej M. Bednarek [w:] *System...*, s. 687, że w niektórych stosunkach np. bankowych, turystycznych przewozowych nie ulega wątpliwości, że zwyczajowo korzysta się z takich wzorców; o tym, że zwyczajowości ta podlega ocenie sądu w każdym przypadku – C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 164.

¹⁰⁶ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 688; M. Jagielska, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego: kontrola umów i wzorców umownych*, MoP 2000, nr 11, s. 699; M. Lemkowski, *Materiałna ochrona konsumenta*, RPEiS 2002, nr 3, s. 70; W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1231; F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 91; ale o tym, że relatywna do środowiska – K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 641; o tym, że oceniane *ad casu* w zależności od zobiektywizowanych cech – A. Olejniczak, *Art. 384* [w:] *Kodeks...*, nb. 13; o tym, że gdy widoczna jest potrzeba wsparcia w odniesieniu do konkretnego adherenta, to proponenta obciąża wyższy wymóg staranności – A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1392.

powszechność występowania stosunku prawnego danego rodzaju, kaliber sprawy mierzalny przede wszystkim finansowo, jej charakter wyznaczany przez bieżący rodzaj zaspokajanych w ten sposób potrzeb, jak również częstotliwość ich występowania w życiu codziennym¹⁰⁷. Zdaniem Ewy Łętowskiej nie będzie tego kryterium spełniała np. zmiana taryf energii elektrycznej czy usługa drobna, ale wymagająca pozostawienia mienia o wartości przekraczającej cenę usługi (np. czyszczenie odzieży, naprawa obuwia)¹⁰⁸. Szczególnie uregulowane przypadki stosowania wzorców umownych zakładają przy tym wyjątki od możliwości spowodowania związania wzorcem bez jego doręczenia¹⁰⁹.

Doręczenie wzorca lub łatwość dowiedzenia się o nim ma na celu sztuczne odwzorowanie prawidłowego mechanizmu zawierania umów¹¹⁰. Przede wszystkim zaś sprawia, że abstrakcyjnie istniejący wzorzec staje się częścią zindywidualizowanego stosunku umownego. Przyjmuje się jednak, że wzorzec nie będzie skutecznie inkorporowany do konkretnej umowy, jeżeli adherentowi nie zostanie zapewniona możliwość skutecznego zapoznania się z nim (np. wywieszenie wzorca w ogólnodostępnym pomieszczeniu proponenta może być niewystarczające z uwagi na okoliczności faktyczne, jak oświetlenie, hałas czy tłok w takiej lokalizacji)¹¹¹. Ponadto wskazuje się często, że przesłanka braku możliwości skutecznego zapoznania się jest spełniona także, gdy z wzorcem wprawdzie można zapoznać, ale jego nieczytelność, nadmierna obszerność, zły stan dokumentu, ale także jego niekomunikatywne sformułowanie, redukują „łatwość”, a też możliwość zapoznania się z nim¹¹², a zarazem wykluczone jest skuteczne związanie nim. W ten sposób wymóg „transparentności” wzorca z art. 385, polegający na sformułowaniu go w sposób jednoznaczny i zrozumiały, zyskuje znaczenie także w kontekście inkor-

¹⁰⁷ C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 164.

¹⁰⁸ E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów*, Warszawa 2001, s. 83; ale o tym, że to zawężenie jest zbyt znaczące – W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1231.

¹⁰⁹ W ten sposób wskazuje się m.in. na wzorzec z art. 384 § 4 k.c. – zob. niżej; jak również wzorzec wydany w stosunku ciągłym – zob. pkt 8.

¹¹⁰ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 682.

¹¹¹ E. Łętowska, *Ochrona...*, s. 82.

¹¹² Tamże.

poracji wzorca. Wzorzec doręczony, lub o którym można było z łatwością się dowiedzieć, ale niespełniający wymogu transparentności, jak się przyjmuje, nie wiąże bowiem stron¹¹³.

W art. 384 § 4 k.c. wprowadzono unormowanie dotyczące wzorca w postaci elektronicznej, który ma zostać udostępniony stronie przed zawarciem umowy. Ze względu na jego „ulotność” zastrzeżono także obowiązek umożliwienia przystępującemu jego swobodnego przechowywania i utrwalania¹¹⁴. W związku z tym przyjmuje się, że regulacja ta stanowi przepis szczególny wobec art. 384 § 2 k.c. i nie ma możliwości związania jego postanowieniami, gdy nie zostanie doręczony – i to tylko w ten specyficzny sposób¹¹⁵.

Dodatkowo art. 384 § 3 k.c. do dnia 25 września 2003 r. formułował pierwszą w Kodeksie cywilnym definicję konsumenta, później umieszczoną w części ogólnej¹¹⁶. Z kolei art. 384 § 5 k.c., obowiązujący w okresie od dnia 1 stycznia 2004 r. do dnia 10 sierpnia 2007 r., nakazywał w kontekście przepisów o wzorcach umownych traktować ubezpieczającego zawsze tak, jak gdyby był konsumentem¹¹⁷. Przepis ten miał znaczenie w sytuacji, gdyby ubezpieczający nie spełniał ogólnych warunków dla kwalifikacji jako konsumenta, a jego istnienie potwierdza zarazem tezę o dążeniu do poszerzenia ochrony „słabszej strony” umowy zawieranej za pomocą wzorca na wszystkie podmioty w tej sytuacji. Od dnia

¹¹³ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 706; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 166; M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 699; E. Łętowska, *Pravo...*, s. 318; M. Pecyna, *Kontrola...*, s. 107; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 158; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 642; F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 73, 99. Należy zwrócić jednak uwagę, że M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 701 oraz E. Łętowska, *Pravo...*, s. 335, wskazują, iż kontrola dokonuje się zarówno na poziomie inkorporacji, jak też transparentności.

¹¹⁴ M. Bednarek, *Wzorce...*, s. 89.

¹¹⁵ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 691; A. Olejniczak, *Art. 384* [w:] *Kodeks...*, nb. 15; A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1391; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 158; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 637.

¹¹⁶ Przepis został uchylony ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408).

¹¹⁷ Przepis został dodany ustawą z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. Nr 124, poz. 1151) i uchylony ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 557).

10 sierpnia 2007 r. obowiązuje w tym zakresie art. 805 § 4 k.c.¹¹⁸, na podstawie którego „przepisy art. 385¹–385³ stosuje się odpowiednio, jeżeli ubezpieczającym jest osoba fizyczna zawierająca umowę związaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”.

Z treści art. 385 § 1 k.c. wynika utrzymanie prymatu postanowień indywidualnych ponad wzorcowymi. Zasadą wywodzącą się bowiem ze swobody umów jest pierwszeństwo indywidualnych ustaleń stron, czyli możliwość modyfikacji wzorcowego kontraktu na zasadach swobody umów *sensu stricto* – w tym także już w trakcie związania stron więzami umownymi¹¹⁹. Podporządkowanie przystępującego takimi postanowieniami wywodzi się z zasady *volenti non fit iniuria*¹²⁰ i nie zachodzi już potrzeba ochrony „słabszej strony” umowy zawieranej w sposób zakładający jej specyficzne pokrzywdzenie. W takiej sytuacji treści ustalone indywidualnie uzupełniają się o niesprzeczne z nimi postanowienia wzorca umownego, które razem stanowią całość umowy¹²¹. Nieracjonalna jest koncepcja sprzeczności wzorca z umową¹²², bo w rzeczywistości w takiej sytuacji, w zakresie, w jakim strony dokonały własnych ustaleń odmiennych od zawartych we wzorcu umownym, będzie miało miejsce wadliwe inkorporowanie wzorca, powodujące jego nieskuteczność.

Podobnie, w razie stosunku między przedsiębiorcami posługującymi się różnymi wzorcami, art. 385⁴ k.c. zastrzega skuteczne wzajemne związanie ich treścią jedynie w niesprzecznym zakresie, a przez tę sprzeczność rozumie się także taką sytuację, w której wspólne realizowanie postanowień obydwu wzorców umów byłoby bardzo utrudnione¹²³. Natomiast w miejsce klauzul sprzecznych znajdują zastosowanie dyspozytywne przepisy ustawy¹²⁴.

¹¹⁸ Przepis został dodany ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw.

¹¹⁹ A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1401.

¹²⁰ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 715.

¹²¹ C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 174.

¹²² E. Łętowska, *Prawo...*, s. 327.

¹²³ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 730; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 647.

¹²⁴ K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 647.

7.2. Ochrona przed klauzulami niedozwolonymi

Drugim podstawowym mechanizmem zapewnienia „słabszej stronie” umowy zawieranej za pomocą wzorca we współczesnym prawie polskim jest kontrola treści skutecznie inkorporowanego wzorca umownego z punktu widzenia obecności w nich tzw. klauzul niedozwolonych. Zagadnienie to ograniczone jest do kontroli takich postanowień umów, które są jednostronnie ustalane przez przedsiębiorców wobec przystępujących-konsumentów. Z uwagi jednak na funkcję przepisów mających zapewniać raczej słuszną kontraktową niż tylko ochronę konsumenta jako takiego postuluje się podmiotowe rozszerzenie ich stosowania¹²⁵. W zakresie przedmiotowym wskazuje się, że powinny one objąć nie tylko umowy zawierane za pomocą wzorca, ale inne przejawy związania drugiej strony umowy postanowieniami, na których treść nie miała ona wpływu¹²⁶, tak np. klauzule indywidualnie narzucone.

Według klauzuli generalnej zawartej w art. 385¹ § 1 k.c. klauzulą niedozwoloną jest taka, która kształtuje jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami¹²⁷, rażąco¹²⁸ naruszając jego interesy¹²⁹ (art. 385¹ § 1 zd. 1 k.c.). Zgodność z dobrymi obyczajami ocenia się według stanu z chwili zawarcia umowy, biorąc pod uwagę jej treść, okoliczności zawarcia¹³⁰ oraz umowy powiązane z umową, której postanowienia są kontrolowane¹³¹.

¹²⁵ P. Podrecki, F. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 134; zob. pkt 7.1.

¹²⁶ F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 89.

¹²⁷ Zwłaszcza chodzi o dobry obyczaj nakazujący szacunek dla drugiej osoby i niewykorzystywanie jej dezorientacji – tak W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1245; lojalność – tak P. Podrecki, F. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 140.

¹²⁸ Taki, który znacząco jest odchylony od uczciwego rozkładu interesów – tak W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1247; A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1407; ewentualnie od przepisów dyspozytywnych – tak M. Bednarek [w:] *System...*, s. 769; F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 62 oraz 78.

¹²⁹ Także niemajątkowe – psychiczne, organizacyjne – tak M. Bednarek [w:] *System...*, s. 768; E. Łętowska, *Prawo...*, s. 341; W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1245; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 644; C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 181.

¹³⁰ W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1251 – że np. akcja promocyjna z poczęstunkiem alkoholowym.

¹³¹ Wskazuje się, że ten katalog jest otwarty – tak W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1252; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 644; odmiennie C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 187.

Niedozwolonej klauzuli umownej nie mogą jednak stanowić postanowienia uzgodnione indywidualnie¹³² lub określające główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, o ile zostały sformułowane w sposób wyraźny (art. 385¹ § 1 zd. 2 k.c.). Wywodzi się to z poszanowania autonomii woli stron i tego, że ochrona przed narzuceniem klauzul umownych przez drugą stronę nie powinna dotyczyć tych klauzul, które i tak są obecne w każdej umowie, a strona powinna móc je samodzielnie ocenić.

O tym, że ochrona „słabszej strony” dotyczy przede wszystkim uwzględnienia w umowie takich postanowień, które nie były przedmiotem uzgodnień, choćby nawet nie stanowiły części wzorca umownego, świadczy chociażby domniemanie, że w szczególności postanowienia przejęte z wzorca umowy uważa się za takie, które nie były uzgodnione indywidualnie (art. 385¹ § 3 zd. 2 k.c.)¹³³.

Umieszczenie w art. 385³ k.c. przykładowego katalogu niedopuszczalnych w umowie formuł wskazuje na treści, co do których zakłada się niedozwolony charakter¹³⁴. Choć wskazuje się, że ostateczna kwalifikacja postanowienia umownego jako niedozwolone dokonuje się na podstawie kryteriów ogólnych zawartych w art. 385¹ § 1 zd. 1 k.c., jednak faktycznie przyjmuje się, że katalog ten nadaje rzeczywiste znaczenie klauzuli gene-

¹³² Kwestię indywidualnego uzgodnienia ustala się wg kryterium rzeczywistego wpływu na treść klauzuli (art. 385¹ § 3 zd. 1 k.c.) – przez co rozumie się rzeczywistą możliwość współkształtowania umowy w procesie negocjacji, tak W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 172; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 643; w tym w szczególności nie spełnia go jedynie wybór z kilku opcji pozostawiony kontrahentowi – tak M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 700; M. Lemkowski, *Materialna...*, s. 79; A. Olejniczak, *Art. 385¹ [w:] Kodeks...*, nb. 4.

¹³³ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 763; M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 700; E. Łętowska, *Prawo...*, s. 339; A. Olejniczak, *Art. 385¹ [w:] Kodeks...*, nb. 5; M. Rejda, *Definicja...*, s. 119; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 643; ale o tym, że to domniemanie jest nieobalalne – M. Lemkowski, *Materialna...*, s. 78.

¹³⁴ Nie ma to jednak formy domniemania (choć o domniemaniu W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 161), ale reguły interpretacyjnej – co daje więcej swobody dla interpretującego – tak M. Bednarek [w:] *System...*, s. 774; A. Olejniczak, *Art. 385³ [w:] Kodeks...*, nb. 1; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 646; C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 189. Należy jednak zwrócić uwagę, że wskazuje się, iż sąd może oprzeć się na takim katalogu w braku pewności co do spełnienia się przesłanek klauzuli generalnej, co *de facto* nadaje temu charakter domniemania faktycznego – tak M. Lemkowski, *Materialna...*, s. 91–92; A. Olejniczak, *Art. 385³ [w:] Kodeks...*, nb. 1. O to, by miały one charakter bezwzględnych zakazów wnioskują – P. Podrecki, F. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 135; F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 95.

ralnej¹³⁵. Wiąże się to z obserwacją, że tego typu postanowienia są często wykorzystywane w obrocie w celu abuzywnym¹³⁶. Powodem umieszczenia ich w regulacji jest też spowodowanie wyczulenia konsumentów na ich stosowanie¹³⁷, zwłaszcza że są nakierowane na konsumenta, który nie jest świadomy ich konsekwencji prawnych¹³⁸.

Zastosowanie w umowie niedozwolonej klauzuli powoduje skutek w postaci braku związania nią przystępującego – zastosowania tzw. sankcji bezskuteczności, która wiąże się z brakiem odnoszenia skutków prawnych w konkretnej umowie przez dane postanowienie wzorca. Bezskuteczność ta nie może jednak doprowadzić do skutku z art. 58 § 3 k.c., a to wobec treści art. 385¹ § 2 k.c., wskazującego na związanie stron pozostałymi postanowieniami umowy¹³⁹. Jest to korzystne dla zwłaszcza dla przystępującego, który jest zainteresowany realnym wykonaniem umowy i uzyskaniem z niej świadczenia od oferenta¹⁴⁰.

Postanowienie niedozwolone będzie przy tym bezskuteczne *ex lege* i *ex tunc*¹⁴¹, a ponadto w całości¹⁴², a nie tylko w części, w której miało miejsce naruszenie dobrych obyczajów czy interesów przystępującego. Tym

¹³⁵ Tamże, s. 61.

¹³⁶ M. Bednarek, *Wzorce...*, s. 188.

¹³⁷ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 777.

¹³⁸ C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 189.

¹³⁹ Wyrok SN z dnia 21 lutego 2013 r., I CSK 408/12 (Lex nr 1350221), wskazuje, że dokonuje się eliminacji bezskutecznych postanowień ze stosunku prawnego nawet, gdyby bez nich dana umowa nie została nigdy zawarta; podobnie R. Trzaskowski, *Wpływ uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (art. 47942 k.p.c.) i zakazu jego stosowania na indywidualne stosunki prawne kształtowane z wykorzystaniem tego postanowienia wzorca* [w:] *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, red. K. Weitz, J. Gudowski, t. 2, Warszawa 2011, s. 2601.

¹⁴⁰ E. Łętowska, *Prawo...*, s. 343; natomiast o tym, że do tego stopnia, że ryzyko zniesienia stosunku prawnego powstrzymałoby przystępującego od poddania kontroli wzorca umownego – tak F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 80.

¹⁴¹ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 772; A. Olejniczak, *Art. 3851* [w:] *Kodeks...*, nb. 13. K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 645.

¹⁴² Uchwała SN z dnia 29 czerwca 2007 r., III CZP 62/07 (Lex nr 270431), wskazuje wyraźnie, że ingerencja sądu ma wyłącznie charakter negatywny i nie może prowadzić do uzupełniania czy kształtowania stosunku umownego; podobnie M. Bednarek [w:] *System...*, s. 773; E. Łętowska, *Prawo...*, s. 343; M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 701; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 644.

samym w jego miejsce znajdą zastosowanie przepisy dyspozytywne¹⁴³. Będzie też bezskuteczne nawet, gdy konsument w rzeczywistości się z nim zgadza¹⁴⁴, chyba że zostanie w takiej sytuacji uznane za wynegocjowane indywidualnie. Wątpliwości wzbudza jednak możliwość zastosowania sankcji, gdy kształtuje uprawnienie przystępującego¹⁴⁵. Nie jest też jasna relacja tej sankcji z innymi sposobami ochrony przystępującego na zasadach ogólnych – możliwością zastosowania wykładni korzystnej dla przystępującego połączonej z *favor contractus*¹⁴⁶ – jak też sankcją nieważności, która co do zasady wyprzedza sankcję bezskuteczności¹⁴⁷.

Znanym polskiemu prawu jeszcze w poprzednim stanie prawnym¹⁴⁸ sposobem na dokonanie kontroli wzorca umownego z uwagi na zastosowanie w nim klauzul niedozwolonych jest tzw. kontrola incydentalna – dokonywana przez sąd powszechny w sposób zbliżony do modelu kontroli treści w poprzedniej regulacji. W postępowaniu sądowym o ustalenie bezskuteczności związania daną klauzulą umowną w danym stosunku prawnym ocenia się łącznie¹⁴⁹ jej ewentualny brak zgodności z dobrymi obyczajami, jak również rażące naruszenie interesu konsumenta. W razie stwierdzenia obydwu naruszeń wydawane jest deklaratoryjne orzeczenie wskazujące na bezskuteczność tych postanowień wzorca, które naruszają prawa adherenta, który wszczął postępowanie i chroniące jego indywidualny interes¹⁵⁰. Wskazuje się też, że orzeczenie takie może zostać wydane przez sąd z urzędu¹⁵¹, w razie rozpatrywania sprawy, w której wzorzec umowny jest przedmiotem oceny z innych przyczyn.

¹⁴³ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 176; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 634 i n.

¹⁴⁴ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 772 – co zresztą pochodną bezskuteczności *ex lege* i ocenianej z urzędu – zob. także s. 794 – przy czym konsument może się sprzeciwić dokonaniu oceny z urzędu.

¹⁴⁵ Sankcja bezskuteczności jest bowiem właściwa dla odjęcia nadmiernego obowiązku, ale nie dla jakiegokolwiek modyfikacji zbyt małego uprawnienia – tak M. Lemkowski, *Materialna...*, s. 82.

¹⁴⁶ Tamże, s. 85.

¹⁴⁷ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 773; R. Trzaskowski, *Wpływ...*, s. 2601; ale o tym, że bezskuteczność do rozważenia także w takiej sytuacji – F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 81.

¹⁴⁸ Zob. pkt 6.

¹⁴⁹ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 173.

¹⁵⁰ A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1408.

¹⁵¹ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 794.

Harmonizacja polskiego porządku prawnego wymusiła jednak na polskim prawodawcy stworzenie także innego sposobu kontrolowania postanowień wzorca umownego. Stanowi go abstrakcyjna kontrola treści wzorców umownych, prowadzona przez wyspecjalizowany organ i mająca inne cele niż kontrola incydentalna. Ma ona być dokonywana w interesie publicznym¹⁵², zbiorowym interesie konsumentów¹⁵³, przez który rozumie się w ogóle wyeliminowanie z obrotu niedozwolonych postanowień umownych i osiągnięcie przez to większej efektywności ochrony praw. Przedmiotem kontroli jest natomiast nie tyle zawarta z użyciem wzorca umowa (jak w przypadku kontroli incydentalnej), co sam wzorzec umowny, z którego użyciem potencjalnie może być zawarta umowa¹⁵⁴, ewentualnie inne wzorce umowne pozostające z nim w związku.

W brzmieniu przepisów do dnia 17 kwietnia 2016 r. mogła ona być wszczęta przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów, na mocy art. 479³⁸ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.) – dalej: k.p.c., przez każdego, czyje prawa mogły zostać naruszone oraz przez organy ochrony praw konsumenta. W odróżnieniu od kontroli incydentalnej, która ma wpływ jedynie na stosunek między stronami, uznaniu powództwa towarzyszyło oprócz ustalenia niedozwolonego charakteru klauzuli także zakazanie korzystania z niej¹⁵⁵ i, na mocy art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., uzupełnianie rejestru

¹⁵² A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1408.

¹⁵³ A. Oponowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 2 listopada 2015 r., III CZP 17/15. Skutki prawomocności materialnej wyroku uznającego postanowienie wzorca umowy za niedozwolone*, IKAiR 2016, nr 3, s. 84; M. Rejda, *Powództwo o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone i zakazanie ich wykorzystywania*, KPP 2009, nr 1, s. 135; R. Trzaskowski, *Wpływ...*, s. 2595.

¹⁵⁴ Wyrok SN z dnia 11 października 2007 r., III SK 19/07 (Lex nr 496411); R. Trzaskowski, *Wpływ...*, s. 2599 oraz 2602 – Autor wskazuje wyraźnie, że nie bierze się np. pod uwagę indywidualnych negocjacji między stronami, bo chodzi o uchronienie zbiorowego interesu konsumentów, który jest zagrożony także, gdy niebezpieczeństwo naruszenia interesów konsumenta w danym stosunku prawnym się nie zmateriałizowało; por. także M. Lemkowski, *Materialna...*, s. 94; A. Oponowicz, *Glosa...*, s. 86.

¹⁵⁵ M. Bednarek [w:] *System...*, s. 805 – Autorka wskazuje na dwa człony takiego wyroku – mianowicie deklaratoryjne *ex tunc* ustalenie bezskuteczności oraz konstytutywne *ex nunc* zakazanie stosowania. R. Trzaskowski, *Wpływ...*, s. 2598, wskazuje, że ma to nie być równoznaczne z uznaniem postanowienia za niedozwolone w rozumieniu 385¹ § 1 k.c., ale na s. 2600 wskazuje, że sąd uznaje taką klauzulę za niedozwoloną.

klauzul niedozwolonych (prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta).

Najistotniejszym i wzbudzającym największą uwagę doktryny był przepis art. 479⁴³ k.p.c., który przyznawał wyrokowi prawomocnemu skutek wobec osób trzecich od chwili wpisania postanowienia wzorca umownego uznanego za niedozwolone do rejestru. Miał zatem umożliwiać wyłączenie *erga omnes* skuteczności postanowienia uznanego za niedozwoloną klauzulę. Najprawdopodobniej stosowanie go w zawieranych lub nawet już zawartych umowach niedozwolonych postanowień i tak stanowiło odrębne naruszenie art. 385¹ § 1 k.c., jednak zastanawiające było, czy skutek ten jest inny w odniesieniu do postanowień umownych wpisanych do rejestru. Ogromne wątpliwości co do rzeczywistego zakresu skuteczności wpisu klauzuli do rejestru były przedmiotem rozważań doktryny i jednym z głównych argumentów na dysfunkcjonalność systemu ochrony¹⁵⁶. Obejmowały one zarówno zakres przedmiotowy (klauzule jednobrzmiące a podobne), podmiotowy (strony postępowania, wszyscy proponenci, wszyscy adherenci), jak też czasowy (skuteczność zakazu od momentu wpisu i od zawsze).

Po pierwsze, przyjmowano, że wpis powoduje ubezskutecznienie każdej identycznie brzmiącej klauzuli (także użytej przez inny podmiot). W takiej sytuacji znaczenie miałyby już zmiana choć jednego słowa, nawet bez zmiany sensu. Tymczasem taka sama treść postanowienia umownego mogła mieć w konkretnym wzorcu umownym inny wydźwięk, w tym zwłaszcza być złagodzona innym jego postanowieniem. W takiej sytuacji znacząco i możliwe, że w niezbyt kontrolowany i całkowicie zbędny z punktu widzenia ochrony „słabszej strony” sposób rozszerzyłaby się skuteczność rejestru. Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15 (Lex nr 1916698), wskazał wyraźnie, że chodzi o taką tożsamość postanowienia, w której zmiany treściowe nie mają znaczenia normatywnego lub jest ono pomijalne. Wskazuje się bowiem w doktrynie, że bezcelowe jest posługiwanie się określonymi

¹⁵⁶ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – istota i spodziewane skutki zmian*, MoP 2016, nr 11, s. 575; M. Namysłowska, *Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach o uznanie postanowień wzorca za niedozwolone*, PUG 2016, nr 6, s. 7–8.

słowami, frazami czy zdaniem bez odniesienia się do ich wpływu na prawa i obowiązki stron¹⁵⁷.

Po drugie, rozważano, czy wpis postanowienia umownego do rejestru odnosi skutek wobec wszystkich proponentów wzorca zawierającego takie samo postanowienie, a także, czy wobec ich wszystkich dawnych oraz przyszłych adherentów. Sąd Najwyższy wskazywał wielokrotnie na taki skutek w odniesieniu do wszystkich przedsiębiorców¹⁵⁸, choć zwłaszcza w późniejszym orzecznictwie skłaniał się do rozszerzonej skuteczności tylko wobec wszystkich konsumentów danego przedsiębiorcy¹⁵⁹. Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, rozstrzygnął, że wyrok uwzględniający powództwo odnosi skutek w stosunku do powoda i wszystkich osób trzecich – jako realizujących interes zbiorowy, ale tylko przeciwko konkretnemu pozwanemu przedsiębiorcy stosującemu w swoich wzorcach umownych dane postanowienie, a który w postępowaniu miał zapewnione prawo do sądu. Takie rozwiązanie zdaniem Sądu ma być adekwatne do celu i charakteru postępowania, a jednocześnie pozwalające na skuteczną kontrolę klauzul niedozwolonych.

Po trzecie, powszechnie wskazywano, że wpis do rejestru ma skutek w odniesieniu do już zawartych umów¹⁶⁰. Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 17/15, wskazał jednak, że o rozszerzonej prawomocności materialnej wyroku uwzględniającego powództwo mówić można dopiero od chwili wpisu.

Podsumowując ten fragment rozważań, nie można niewątpliwie przesądzić, jaki jest skutek samego wpisu postanowienia wzorca umownego

¹⁵⁷ A. Oponowicz, *Glosa...*, s. 86.

¹⁵⁸ Uchwała SN z dnia 19 grudnia 2003 r., III CZP 95/03 (Lex nr 82118) – wskazuje, że bezcelowe prowadzenie kilku postępowań, z których każde zostanie zakończone identycznym rozstrzygnięciem; uchwała SN z dnia 13 lipca 2006 r., III SZP 3/06 (Lex nr 197804); wyrok SN z dnia 11 października 2007 r., III SK 19/07.

¹⁵⁹ Podstawą tych orzeczeń był brak zapewnienia innym przedsiębiorcom prawa do sądu – uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., III CZP 80/08 (Lex nr 458124); uchwała SN z dnia 13 grudnia 2013 r., III CZP 73/13 (Lex nr 1405243) – natomiast co do samego argumentu zob. już P. Podrecki, F. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 142.

¹⁶⁰ Wyrok SN z dnia 3 marca 2010 r., III SK 38/09 (Lex nr 920575); M. Bednarek [w:] *System...*, s. 772; R. Trzaskowski, *Wpływ...*, s. 2605; M. Bednarek [w:] *System...*, s. 772.

do rejestru. Należy jednak stwierdzić, że publicznoprawny rejestr klauzul niedozwolonych nie może stanowić wiążącej wykładni, czy uzupełnienia przepisów prawa prywatnego. W szczególności zaś niezgodność z prawem postanowień wzorca umownego oceniana z perspektywy publicznoprawnego zakazu nie powinna przekładać się na sankcję cywilnoprawną w konkretnej umowie zawartej jedynie z użyciem tego wzorca, a nawet postanowienia, z którego korzystania zakazano – w sposób całkowicie automatyczny. W umowie bowiem, jak już wskazano – ta niezgodność z prawem może w ogóle nie być odczuwalna (np. za sprawą innych postanowień umowy) a ewentualnie może być przedmiotem kontroli incydentalnej¹⁶¹. Wydaje się zatem, że prawomocność materialna w przypadku kontroli abstrakcyjnej niekoniecznie automatycznie powoduje cywilnoprawną bezskuteczność takiej samej klauzuli we wszystkich wzorcach umownych tego samego przedsiębiorcy, ale na kanwie ich kontroli incydentalnej będzie miała ogromne – choć jeszcze nie prejudycjalne – znaczenie.

Niniejsza procedura miała istotne wady, które można by nazwać niedociągnięciami organizacyjno-technicznymi, a które stanowiły drugi istotny przejaw potrzeby jej zmiany. Postępowanie miało charakter powództwa, którego żądaniem sąd był związany, co z kolei pozwalało na rozdrabnianie spraw w celu zwiększenia kosztów postępowania obciążających przedsiębiorców¹⁶². Stosowano także obowiązek publikacji orzeczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym w ramach kosztów procesu (art. 479⁴⁴ k.p.c.), co stanowiło minimalną sankcję obciążającą przedsiębiorcę, niezależnie od stopnia naruszenia¹⁶³.

Sam zaś rejestr, pełniący ważną funkcję edukacyjną, prewencyjną i informacyjną, nie był narzędziem doskonałym i w pełni przydatnym do jej realizowania¹⁶⁴. Cechował się czysto kazuistycznym charakterem, gdyż urywki umów, które naruszały interesy przystępującego, były do niego

¹⁶¹ M. Rejda, *Powództwo...*, s. 152–153.

¹⁶² M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 5.

¹⁶³ Tamże.

¹⁶⁴ P. Korycińska-Rządca, *Elektroniczny rejestr postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone po 17 kwietnia 2016 r.* [w:] J. Bieluk, A. Marciniak, *Postępowanie i prawo cywilne w dobie informatyzacji*, Sopot 2016, s. 178–179.

przekopiowywane. W ten sposób rejestr przepelniono jednobrzmiącymi lub całkowicie synonimicznymi klauzulami, które różnią się od siebie jedynie zastosowanym spójnikiem lub inną formą gramatyczną całkowicie niezależną od treści¹⁶⁵. Dodatkowo w żaden sposób nie przewidziano

¹⁶⁵ Według badania autora (data badania: 25 lipca 2014 r.) przynajmniej odnośnie do kilku grup zagadnień dochodziło do wielokrotnego wpisania identycznych według treści dosłownej lub sensu niedozwolonych klauzul, np.:

a) dot. blokowania rachunku klienta banku w okresie wypowiedzenia: „W okresie wypowiedzenia Bank blokuje dostęp Klienta do Rachunku” (niedozwolona klauzula nr 1880), „W okresie wypowiedzenia Bank blokuje dostęp Klienta do Rachunku poprzez Internet” (niedozwolona klauzula nr 1745), „W okresie wypowiedzenia Bank blokuje dostęp Klienta do rachunku” (niedozwolona klauzula nr 2277), „W okresie wypowiedzenia Bank blokuje dostęp Klienta do Rachunku przez kanały dostępu” (niedozwolona klauzula nr 3510);

b) dot. zmiany wzorca w trakcie trwania stosunku prawnego bez zgody konsumenta: „[F.] zastrzega sobie możliwość zmiany postanowień niniejszego Regulaminu w dowolnym terminie” (niedozwolona klauzula nr 1998), „Bank ma prawo dokonać zmiany Regulaminu” (niedozwolona klauzula nr 2493), „Bank zastrzega sobie prawo zmiany niniejszego Regulaminu” (niedozwolona klauzula nr 2362), „Bank zastrzega sobie prawo do wprowadzania zmian do niniejszego Regulaminu” (niedozwolona klauzula nr 2515), „Spółka zachowuje prawo do jednostronnej zmiany treści niniejszego Regulaminu” (niedozwolona klauzula nr 2904), „[K.] zastrzega sobie prawo zmiany Regulaminu w trakcie trwania Umowy o prowadzenie Rachunku” (niedozwolona klauzula nr 3156), „[K.] zastrzega sobie prawo do zmiany Regulaminu” (niedozwolona klauzula nr 3509);

c) dot. uznania korespondencji do konsumenta za doręczoną: „Pismenne zawiadomienie o dokonanych zmianach uważa się za doręczone po upływie 14 dni od daty wysłania na ostatni podany przez Klienta adres do korespondencji” (niedozwolona klauzula nr 1746), „Pismo wysłane do Kredytobiorcy na ostatni znany Bankowi adres korespondencyjny uważa się za doręczone” (niedozwolona klauzula nr 1826), „Korespondencję uważa się za doręczoną po upływie 7 dni od daty wysłania na ostatni podany przez Kredytobiorcę adres do korespondencji” (niedozwolona klauzula nr 1861), „Zmiany o których mowa w ust 1, wysłane przez Pocztcę uważa się za doręczone” (niedozwolona klauzula nr 1869), „Wszelkie pisma kierowane do Posiadacza [...] na ostatni wskazany przez niego adres uważa się za doręczone. O doręczeniu decyduje data pierwszego awiza pocztowego lub zwrotu przez pocztę z powodu niedoręczenia” (niedozwolona klauzula nr 2118), „Korespondencję wysłaną listem zwykłym uznaje się za doręczoną najpóźniej szóstego dnia roboczego liczonego od daty jej nadania w urzędzie pocztowym” (niedozwolona klauzula nr 2335), „Korespondencja może zostać uznana za doręczoną w rozumieniu ust. 2 po upływie 14 dni od daty wysłania” (niedozwolona klauzula nr 4312);

d) dot. obowiązku zapłaty za wezwanie do zapłaty: „Opłaty dodatkowe, które ponosi Zleceniodawca: [...] za wysłanie wezwania do zapłaty raty – 30 PLN – za wysłanie przedsądowego wezwania do zapłaty – 50 PLN [...]” (niedozwolona klauzula nr 978), „Sporządzenie i wysłanie wezwania do zapłaty /raty/ kredytu lub odsetek – 7,5 zł od każdego wysłanego wezwania” (niedozwolona klauzula nr 3850), „Opłata za sporządzenie i wysłanie lub doręczenie wezwania do zapłaty raty (rat) kredytu lub odsetek – od każdego wezwania – 20 zł” (niedozwolona klauzula nr 3852), „Opłata za wezwanie do zapłaty: 40,00 PLN” (niedozwolona klauzula nr 4066), „Wezwanie do zapłaty do pożyczkobiorcy/poręczyciela: 10 zł” (niedozwolona klauzula nr 5498).

w nim wyjaśnienia, co dokładnie przesądziło o niedozwolonym charakterze wpisanych w nim klauzul¹⁶⁶, a objętość postanowień wpisanych często nie pozwalała na jednoznaczne wskazanie nawet odpowiedniego fragmentu o znaczeniu dla sprawy. Generalnie rejestr uważano za mało przejrzysty¹⁶⁷, nieczytelny oraz nadmiernie rozbudowany¹⁶⁸. Ponadto sposób przeglądania rejestru jako listy klauzul z niedoskonałym systemem wyszukiwania oraz szeregowania poszczególnych klauzul nie zapewniał łatwości korzystania.

Najpoważniejszym zarzutem pod adresem rejestru było jednak niebezpieczeństwo nadużycia procedury wpisu na listę klauzul – tak np. jako narzędzia szantażu konkurencyjnego przedsiębiorcy, czy dla zysku¹⁶⁹ przez podmioty rzekomo trudniące się dbałością o interesy konsumentów. Głośna stała się sprawa pewnej organizacji z zachodniej Polski, która według powielanych zarzutów trudniła się praktyką polegającą na pozywaniu przypadkowo wybranych przedsiębiorców po tym, jak w stosowanych przez nich wzorcach znajdowała niedozwolone klauzule. Jednocześnie proponowała cofnięcie pozwu za opłatą¹⁷⁰. Niewątpliwie za sprawą wnoszonych przez nią powództw wypełniono prawie 1/3 rejestru¹⁷¹, przy tym forma, w jakiej to się miało dokonać, może wręcz stawiać w wątpliwość całą regulację.

W stanie prawnym obowiązującym od dnia 17 kwietnia 2016 r. zmieniono zasady abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych – uchylono przepisy art. 479³⁶–479⁴⁵ k.p.c., pozostawiając jedynie ich stosowanie w części do spraw wszczętych i niezakończonych do dnia wejścia w życie

¹⁶⁶ Takie wyjaśnienie miałoby istotne znaczenie edukacyjne – tak P. Korycińska-Rządca, *Elektroniczny...*, s. 180.

¹⁶⁷ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja...*, s. 575.

¹⁶⁸ M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 4.

¹⁶⁹ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja...*, s. 575.

¹⁷⁰ P. Miączyński, L. Kostrzewski, *Plać albo do sądu*, „Gazeta Wyborcza” z 15 lutego 2011 r., http://wyborcza.pl/1,76842,9107005,Plac_albo_do_sadu.html; S. Czubkowska, *Polowanie na zakazane klauzule*, „Gazeta Prawna”, http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/666606,polowanie_na_zakazane_klauzule_to_zyla_zlota_dla_stowarzyszen_konsumentekich.html.

¹⁷¹ Według badania autora spośród 5731 klauzul 1730 pochodziło z pozwów wniesionych przez Stowarzyszenie „Lexus” z Poznania lub Zielonej Góry albo inne podmioty o tożsamo brzmiącej nazwie (data badania: 25 lipca 2014 r.).

nowych przepisów (art. 7 ustawy zmieniającej) oraz – w zakresie niektórych przepisów (opisanych dalej), odraczając ich utratę mocy o 10 lat¹⁷². Samą natomiast procedurę abstrakcyjnej kontroli wzorców umownych uregulowano w przepisach ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.) – dalej: u.o.k.i.k., w dziale IIIa pt. „Zakaz stosowania niedozwolonych postanowień wzorców umów”, w art. 23a–23d. Nowelizacja ta miała na celu usunięcie wad poprzedniej regulacji, a zwłaszcza praktyki jej stosowania, stanowiąc reakcję na najpilniejsze problemy i ujawnione patologie¹⁷³. Przede wszystkim miała przyspieszyć postępowanie i uniemożliwić dalsze występowanie wykrytych na kanwie jego stosowania nadużyć¹⁷⁴. Pozostawiła jednak liczne wątpliwości co do niejasności nowych przepisów¹⁷⁵ oraz dalej idących konsekwencji całej nowej regulacji¹⁷⁶.

Jeśli chodzi o szczegółowe rozwiązania, to odpowiedzialność na wszczęcie powództwa przez organizacje tylko z nazwy prokonsumenckie stało się prowadzenie stosownego postępowania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, które zakończy się wydaniem przez niego decyzji o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i zakazaniu jego wykorzystania (art. 23b pkt 1 u.o.k.i.k.), jeżeli taki wzorzec będzie stanowił niedozwolone postanowienie umowne z art. 385¹ § 1 k.c. (art. 23a u.o.k.i.k.). Z kolei m.in. konsumentowi, rzecznikowi konsumentów, organizacji konsumenckiej przysługuje prawo zawiadomienia Prezesa Urzędu o takim naruszeniu (art. 99a u.o.k.i.k.).

Zróżnicowane są też środki stosowane w postępowaniu oraz po jego zakończeniu – tak m.in. już w toku postępowania Prezes Urzędu może zobowiązać przedsiębiorcę do zaniechania określonych działań w celu zapobieżenia zagrożeniom dla zbiorowych interesów konsumentów

¹⁷² Zmiana k.p.c. nastąpiła wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1634).

¹⁷³ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja...*, s. 581–582; M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 8.

¹⁷⁴ M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 3.

¹⁷⁵ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja...*, s. 581–582.

¹⁷⁶ M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 7.

(art. 101a u.o.k.i.k.)¹⁷⁷, co stanowi użyteczne rozwiązanie dla jak najszybszego osiągnięcia celu regulacji – doprowadzenia do zaprzestania pokrzywdzenia „slabszej strony”. Natomiast po zakończeniu postępowania może ustalić środki usunięcia naruszeń zależne od wagi i rodzaju naruszenia, a także będące środkami koniecznymi (art. 23b ust. 4). Prezes Urzędu jest uprawniony do samodzielnego określenia środków usunięcia przez niego trwających skutków naruszenia zakazu z art. 23a, których wymienienie w ustawie – co ważne – nie ma charakteru wyczerpującego, a przykładowo są nimi m.in. poinformowanie konsumentów o uznaniu postanowienia wzorca umownego za niedozwolone, złożeniu oświadczenia, publikacji decyzji na własny koszt (art. 23b ust. 1–2)¹⁷⁸. Nie tylko jednak w odniesieniu do tych uprawnień wskazuje się na wątpliwość co do zbyt dużej swobody w ocenie zjawisk przez organ¹⁷⁹. Przedsiębiorca może przy tym samodzielnie zobowiązać się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia z art. 23a lub usunięcia jego skutków, a Prezes Urzędu jest uprawniony, by „zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań” (art. 23c ust. 1). Ma to stanowić sposób na doprowadzenie do dobrowolnego i szybkiego wykonania orzeczenia (w tym zwłaszcza bez stosowania środków odwoławczych)¹⁸⁰.

Ponadto, nie jest już prowadzony rejestr klauzul niedozwolonych, przy czym dotychczasowy rejestr prowadzi się jeszcze do dnia 18 kwietnia 2026 r. (art. 12 ustawy zmieniającej), w tym dla wpisania postanowień umownych z postępowań w toku. Treść decyzji podlega upublicznieniu na stronie internetowej Urzędu, wraz z cennym uzasadnieniem podającym kontekst zastosowania niedozwolonej klauzuli oraz przyczyny jej uznania za niedozwoloną¹⁸¹. Jest jednak wątpliwe, czy w tej formie

¹⁷⁷ Co pozwoli na szybsze osiągnięcie celu postępowania – eliminacji klauzul niedozwolonych z obrotu – M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 4–5; ale w praktyce wątpliwe, na ile szybko uda się zebrać wystarczający materiał dowodowy dla zastosowania takiego środka – M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja...*, s. 580.

¹⁷⁸ A zatem będzie możliwe dostosowanie sankcji do naruszenia – tak M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 5.

¹⁷⁹ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja...*, s. 582; M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 8.

¹⁸⁰ M. Krasnodębska-Tomkiel, *Nowelizacja...*, s. 576; M. Namysłowska, *Decyzje...*, s. 6.

¹⁸¹ P. Korycińska-Rządca, *Elektroniczny...*, s. 187.

będzie realizować funkcję edukacyjno-prewencyjną. Wszakże informacje o niedozwolonych postanowieniach wzorców umownych nie podlegają zbiorczej publikacji, a jako zestaw decyzji są jeszcze mniej dostępne, niż w najbardziej nawet nieczytelnym rejestrze.

W art. 23d u.o.k.i.k. przesądzono, jaki przyjąć skutek wydania prawomocnej decyzji o uznaniu postanowienia wzorca umowy za niedozwolone, decydując o takim skutku w odniesieniu do przedsiębiorcy, co do którego to stwierdzono i wszystkich konsumentów, którzy na podstawie tego wzorca zawarli z nim umowę. Określenie „tego wzorca” należy jednak funkcjonalnie rozumieć jako „tego postanowienia wzorca umownego” – w innym bowiem razie będzie możliwe częste wprowadzanie nieistotnych zmian wzorców umownych tak, by skutek ewentualnego uznania postanowienia za niedozwolone ograniczyć przedmiotowo. Ponadto przepis ten należy rozumieć z uwzględnieniem dorobku doktryny i orzecznictwa sądowego w odniesieniu do art. 479⁴³ k.p.c., które przecież posłużyło do wypracowania optymalnej legislacji w tym zakresie.

Niezależnie od opisanych wyżej sankcji cywilnoprawnych oraz kosztów postępowania i ew. kar nakładanych w nim, za stosowanie we wzorcach umów zawieranych z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych grozi publicznoprawna sankcja w postaci kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu nakładana na podstawie art. 106 tejże ustawy przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Takie działanie przedsiębiorców w brzmieniu przepisów do dnia 17 kwietnia 2016 r. stanowiło tzw. nieuczciwą praktykę rynkową (art. 24 ust. 2 pkt 1), sankcjonowaną na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 4 u.o.k.i.k. W nowym stanie prawnym od 17 kwietnia 2016 r. sankcja ta utrzymuje się wobec nowej treści art. 106 ust. 1 pkt 3a u.o.k.i.k., który pozwala nałożyć ją na nowej podstawie – wobec naruszenia zakazu określonego w art. 23a, czyli stosowania klauzul niedozwolonych w umowach z konsumentami.

Ponadto, w odróżnieniu od opisanych wyżej sankcji, stosuje się także dalsze – związane z naruszenia prawomocnego już zakazu stosowania klauzul niedozwolonych. W ten sposób art. 138b ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2015 r. poz. 1094 ze zm.) przewidywał karę grzywny za niezastosowanie się do sądowego obowiązku

zaniechania wykorzystywania lub odwołania zalecenia stosowania ogólnych warunków umów albo wzoru umowy. Przepis ten, podobnie jak rejestr, utraci jednak moc dopiero w dniu 18 kwietnia 2026 r. (art. 3 ustawy zmieniającej). Niejako w miejsce powyższego przepisu obowiązuje nowego rodzaju sankcja. Na podstawie art. 107 u.o.k.i.k., obowiązującego od dnia 17 kwietnia 2016 r., prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10 000 euro za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu m.in. decyzji w sprawach z zakresu niedozwolonych postanowień wzorców umów. Wydaje się, że jest to sankcja adekwatna do celu, do którego ma prowadzić, a mianowicie do zaniechania korzystania z niedozwolonych postanowień wzorców umownych.

7.3. Ochrona przez korzystną dla przystępującego wykładnię postanowień wzorca umownego

Jako że wzorce stanowią czynnik prawotwórczy, czy to w znaczeniu publicznoprawnych *fontes iuris*, czy umów lub jednostronnych oświadczeń woli tworzących stosunek prawny między stronami, podlegają wykładni na zasadach ogólnych. W szczególności dokonuje się jej na zasadach z art. 65 § 1 k.c. i, jak przyjmuje się, z uwagi na brak ujmowania przez nie rzeczywistego konsensu stron, nie na zasadach z art. 65 § 2 k.c.¹⁸²

Ze względu na szczególny charakter, także wykładnia wzorców umownych cechuje się pewnymi wyjątkowymi rozwiązaniami. Jednym z nich jest zasada *in dubio contra proferentem*, która nakazuje stosować w odniesieniu do postanowień wzorców umownych wykładnię na korzyść przystępującego. Uzasadnieniem dla tego ma być ogólne założenie o zasadzie ponoszenia ryzyka nieścisłego sformułowania przez formułującego¹⁸³; swoiste wyrównanie szans osoby, która nie miała wpływu na ich treść (i tym samym nie

¹⁸² Należy zwrócić uwagę, że takie stanowisko prezentowane jest także przez zwolenników teorii konsensualnych – zapewne z uwagi na świadomość jedynie fikcji konsensu – tak M. Bednarek [w:] *System...*, s. 710; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 642; W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1239; odmiennie wyrok SN z dnia 6 lutego 2015 r., II CSK 295/14 (Lex nr 1652719); C. Żulawska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 156.

¹⁸³ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 159.

mogła jej zredagować w sposób dla siebie korzystniejszy¹⁸⁴; sprawienie by to proponent był „obciążony niekorzystnymi konsekwencjami wadliwej i niedbalej redakcji zawartej umowy”¹⁸⁵; czy założenie, że odmienne przyjęcie byłoby sprzeczne m.in. z zasadami współzycia społecznego¹⁸⁶.

Chociaż zasada była już wcześniej znana polskiemu prawu cywilnemu¹⁸⁷, zyskała normatywny charakter dopiero za sprawą ujęcia jej w obecnym art. 385 § 2 zd. 1–2 k.c. Celem zamieszczonych w nich norm jest doprowadzenie do jednoznacznego i zrozumiałego sformułowania postanowień wzorców umownych, pod „sankcją” tego, że w razie zamieszczenia w zrozumiałym wzorcu¹⁸⁸ niezrozumiałego postanowienia¹⁸⁹, dokona się wykładni takich postanowień w sposób korzystniejszy dla konsumenta przystępującego do umowy¹⁹⁰. Znajduje też zastosowanie dopiero, gdy nie da się zastosować regulacji o niedozwolonych klauzulach umownych i takiego postanowienia umownego ubezskutecznić. Wskazuje na to niedopuszczalność stosowania wykładni *contra proferentem* w postępowaniu o uznanie postanowień wzorca za niedozwolone, jako poniekąd przedwczesne. Zasadę tą uregulowano od dnia 28 czerwca 2009 r. przepisem art. 385 § 2 zd. 3 k.c.¹⁹¹, a wcześniej było to postulowane w doktrynie¹⁹².

Mimo że przepis ten literalnie dotyczy „konsumenta”, to jednak powszechnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie jest rozszerzenie wykładni tego przepisu tak, by obejmowała uprawnieniem do przychyłnej wykładni

¹⁸⁴ E. Łętowska, *Ochrona...*, s. 94–95.

¹⁸⁵ Wyrok SN z dnia 21 stycznia 2004 r., IV CK 366/02 (Lex nr 568324).

¹⁸⁶ Wyrok SN z dnia 10 grudnia 2003 r., V CK 35/03 (Lex nr 196761).

¹⁸⁷ E. Łętowska, *Wzorce...*, s. 219; Z. Radwański, *Zobowiązania...*, s. 154.

¹⁸⁸ Bo niezrozumiałe sformułowanie wzorca wiąże się z naruszeniem transparentności i tym samym kontrolą na etapie inkorporacji wzorca, zob. 7.1.

¹⁸⁹ Literalnie i raczej nietrafnie wskazuje się, że sankcję tę stosuje się wyłącznie dla niezrozumiałej, ale nie niejednoznacznej redakcji postanowienia – tak A. Pyrżyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1407; istnieje bowiem aksjologiczne uzasadnienie, żeby objąć nią także niejednoznaczną redakcję – tak M. Lemkowski, *Materiałna...*, s. 72.

¹⁹⁰ Rozumie się ją wedle największej korzyści postrzeganej indywidualnie – tamże, s. 69.

¹⁹¹ Zmiana Kodeksu cywilnego nastąpiła z wejściem w życie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny (Dz.U. poz. 662).

¹⁹² P. Podrecki, F. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 139.

wszystkie podmioty zawierające umowę w ten sposób, że wzorzec jest im przedstawiany¹⁹³.

8. Wydanie wzorca w czasie trwania stosunku prawnego o charakterze ciągłym - trwałość regulacji mimo zmienności prawa

Dla pełnego omówienia regulacji wzorca umownego w Polsce XX i XXI wieku nie sposób nie wspomnieć o kwestii wydania go w czasie trwania stosunku prawnego o charakterze ciągłym – wyjątkowo trwale i uregulowanej niemalże identycznie w art. 71 § 3 k.z., w art. 385 § 2 k.c., 385 § 3 k.c., a obecnie w art. 384¹ k.c.¹⁹⁴ Jej niezmiennosc tym bardziej świadczy o tym, że problem stosowania wzorców umownych oraz jego konsekwencji prawnych daleko wykracza poza analizę form ochrony przyjętych w konkretnym momencie przez ustawodawcę, ale stanowi zjawisko ponadczasowe.

Analizując jednak tę instytucję dogmatycznie, przyjmuje się m.in., że w razie wydania wzorca umownego w czasie trwania stosunku umownego o charakterze ciągłym, taki wzorzec umowny musi być doręczony (nie wystarczy łatwość dowiedzenia się o nim)¹⁹⁵. Można to uzasadnić w ten sposób, że nie powinno wymagać się od strony zawartej już umowy, by dowiadywała się, czy został dla niej wydany nowy lub zmieniony wzorzec umowny. Przesłanką tego jednostronnego oświadczenia woli skierowanego do proponenta, które spowoduje zniesienie stosunku umow-

¹⁹³ Wyrok SN z dnia 21 czerwca 2007 r., IV CSK 95/07 (Lex nr 485885); wyrok SN z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09 (Lex nr 512012); w drodze analogii w wyroku SN z dnia 23 stycznia 2015 r., V CSK 217/14 (Lex nr 1650306); M. Bednarek [w:] *System...*, s. 712; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 159; A. Olejniczak, *Art. 384* [w:] *Kodeks...*, nb. 1; C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 175; M. Jagielska, *Nowelizacja...*, s. 699; przy wyższych kryteriach M. Lemkowski, *Materialna...*, s. 72; E. Łętowska, *Prawo...*, s. 322. Należy przy tym zwrócić uwagę, że choć wyrok SN z dnia 21 stycznia 2004 r., IV CK 366/02, uchwała SN z dnia 12 grudnia 1997 r., III CZP 65/97 (Lex nr 32196) oraz wyrok SN z dnia 8 sierpnia 2001 r., I CKN 18/99 (Lex nr 51709), także zawierają ten wniosek, to odnoszą się do nieaktualnego stanu prawnego – zob. pkt 7.1. – w którym ubezpieczonego zawsze traktowano tak, jak gdyby był konsumentem.

¹⁹⁴ W Kodeksie zobowiązań i Kodeksie cywilnym do 1990 r. jedynie regulaminu, zob. pkt 4.

¹⁹⁵ Tak M. Bednarek [w:] *System...*, s. 700; A. Olejniczak, *Art. 3841* [w:] *Kodeks...*, nb. 5; W. Popiołek [w:] *Kodeks...*, s. 1235; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 640; C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 170; odmiennie i nie trafnie – A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks...*, s. 1399; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 160.

nego *ex nunc*, jest już sama zmiana wzorca, także drobna lub nawet taka, której postanowienia uwzględniono w treści indywidualnej umowy¹⁹⁶. Wydaje się, że taki wzorzec umowny można wydać w trwającym stosunku prawnym o charakterze ciągłym¹⁹⁷, nawet gdy umowa (lub ustawa) nie zezwalają wprost na wydanie go w trakcie obowiązywania umowy – przy czym musiałoby to być uzasadnione np. charakterem umowy – jako że nie sposób znaleźć w prawie cywilnym ogólnej zasady swobody jednostronnego kształtowania umowy. W takim wypadku stronie, której kontrahent doręczył wzorzec, przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia tej umowy i to, jak warto przyjąć, nawet gdy dla danego stosunku prawnego ustawa ani umowa nie przewidują wypowiedzenia¹⁹⁸. Wzorzec taki wiąże stronę, jeśli nie wypowiedziała ona umowy w terminie¹⁹⁹ wypowiedzenia, a zatem za bezskutecznym upływem terminu wypowiedzenia²⁰⁰. Taka swoboda adherenta znajduje uzasadnienie w tym, że to on musi mieć zapewnione wyłączne prawo zdecydowania, czy kontynuowanie stosunku kontraktowego na warunkach wynikających z zaproponowanego wzorca będzie dla niego korzystne i czy będzie wolał zrezygnować ze związania się taką umową.

9. Podsumowanie

Powstanie wzorców umownych niejako automatycznie pociągnęło za sobą pogorszenie sytuacji podmiotów, które ze względu na swoją rynkową pozycję były zmuszone do przystąpienia do niekorzystnie dla

¹⁹⁶ E. Łętowska, *Ochrona...*, s. 142.

¹⁹⁷ M. Pecyna, *Kontrola...*, s. 127; F. Zoll, *Potrzeba...*, s. 75; ale o wymogu klauzuli modyfikacyjnej – w tym nieblankietowej i niewpływającej na istotę umowy – Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 160; podobnie M. Bednarek [w:] *System...*, s. 696; K. Zagrobelny [w:] *Kodeks...*, s. 639; A. Olejniczak, *Art. 3841 [w:] Kodeks...*, nb. 2; o tym, że wymóg klauzuli modyfikacyjnej zachodzi, gdy umowa skalkulowana jest na pewien czas trwania C. Żuławska, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks...*, s. 171.

¹⁹⁸ M. Pecyna, *Kontrola...*, s. 124; ale E. Łętowska, *Prawo...*, s. 326, wskazuje, że może to mieć miejsce tylko, gdy dany stosunek można zakończyć przez wypowiedzenie.

¹⁹⁹ O tym, że w razie braku ustalenia takiego terminu może to być najbliższy możliwy termin – M. Bednarek [w:] *System...*, s. 701; A. Olejniczak, *Art. 3841 [w:] Kodeks...*, nb. 7.

²⁰⁰ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania...*, s. 167; E. Łętowska, *Prawo...*, s. 325.

nich skonstruowanych umów. Było zarazem koniecznością w masowym obrocie, w którym wyłączenie dopuszczalności korzystania z takich wzorców umownych było i jest niemożliwe. Dla ochrony praw „słabszej strony” w ciągu XX i XXI wieku w Polsce stosowano zatem wiele różnorodnych reżimów. Jakkolwiek były one stworzone przede wszystkim (choć nie wyłącznie), by ograniczyć niekorzystne skutki zawierania takich umów dla uczestników obrotu, dokonywało się to na różne sposoby w zależności od sytuacji społeczno-politycznej oraz celów, jakie za nimi stały. Brak faktycznej równości podmiotów, z których jeden zawiera masowo umowy, a drugi w zasadzie jest zmuszony do zawarcia umowy o narzuconej treści musi być w jakiś sposób zrównoważony. Ograniczeniu może ulec zakres podmiotów mogących w ten sposób zawierać, zakres treści, jaki może być regulowany, jak również sama treść konkretnych umów (co wydaje się dalece rozsądniejsze, m.in. poprzez lepsze uwzględnienie masowego charakteru wolnorynkowej gospodarki).

Polskie prawo zobowiązań w XX i XXI wieku chyba w zakresie żadnej innej instytucji nie podlegało aż tak częstym oraz znaczącym zmianom, powodowanym jakże różnorodnymi czynnikami. Na regulację wzorców umownych wpływała sytuacja gospodarcza (np. praktyka stosowania wzorców umownych jeszcze przed ich kodeksową regulacją), polityczna (np. wykorzystanie koncepcji do przejęcia kontroli nad postanowieniami zawieranych w kraju umów), społeczna (np. tendencja do wzmacnianie praw konsumenta), po uwarunkowania międzynarodowe (np. implementacja dyrektywy organizacji międzynarodowej do krajowego porządku prawnego). W każdej z opisanych konstrukcji wzorców umownych widać obraz społeczeństwa, władzy i prawa danych czasów – co czyni prezentowaną tematykę nader interesującą nie tylko dla badaczy prawa obligacyjnego. Problematyka wzorców umownych, choć zdaje się być typowo prawnicza, to jej regulacja ukazuje obraz socjologii, polityki oraz gospodarki jej czasów. W ten sposób w swej dziejowej, ewolucyjnej zawilości przegląd norm prawnych może odzwierciedlić tak wiele ze skomplikowanych, ale i fascynujących czasów, jakie dla Polski stanowił wiek XX i kilkanaście lat wieku XXI.

Mimo tej zmienności, wiele problemów prawnych wynikłych na kanwie stosowania wzorców umownych dotyka podmioty obrotu prawnego

niezależnie od jego bieżącej regulacji w tym zakresie. Pozwala to prowadzić badania wzorców umownych nie tyle jako konkretnych rozwiązań prawnych wybranych przez ustawodawcę w danym momencie – ale snuć dalej idące rozważania dotyczące istoty instytucji prawnej mającej na celu rozstrzygnięcie konfliktu fundamentalnych dla prawa cywilnego wartości – efektywności obrotu gospodarczego i ochrony jego uczestników.

Streszczenie

Wzorce umowne już od czasów starożytnego Rzymu były wykorzystywane jako sposób zawarcia umowy. Pozwalały na przyspieszenie procesu zawierania umowy poprzez proponowanie wszystkich znaczących postanowień jednej stronie przez drugą (najczęściej ekonomicznie silniejszą, zwykle przedsiębiorcę), by zaakceptowała lub odrzuciła je, generalnie bez możliwości ich zmiany. Jednakże ich użycie zarzucono następnie na wieki i zyskanie przez nie ponownego znaczenia po Rewolucji Przemysłowej nie wiązało się z regulacją prawną. Pierwszą z nowoczesnych regulacji miała być ta wprowadzona przez polski Kodeks zobowiązań (1933 r.). Miała wówczas na celu ograniczenie absolutnej wolności przedsiębiorców w proponowaniu zawarcia umowy z wykorzystaniem wzorca, w związku z czym poprawiła się pozycja „słabszej strony”. Wraz z wejściem w życie polskiego Kodeksu cywilnego (1964 r.) regulacja wzorców umownych zmieniła się i odtąd ich główną funkcją stała się kontrola gospodarki. Przełom w polityce i ekonomii roku 1989 wpłynął na rozwój analizowanej instytucji. Od tego momentu, wraz ze zmianą Kodeksu cywilnego (1990 r.), ponownie zaczęła ona chronić „słabsze strony” poprzez ograniczanie zakresu podmiotów upoważnionych do korzystania ze wzorców umownych, jak też sądową kontrolę już wykorzystanych. Następną zmianą (2000 r.) wiązała się z implementacją dyrektywy UE i zaproponowała lepiej rozwinięty system. Następne lata przyniosły jeszcze nowsze regulacje. Porównanie zaś wszystkich opisanych systemów pozwala na analizę skuteczności regulacji wzorców umownych z perspektywy ochrony „słabszej strony” oraz szans biznesowych.

Słowa kluczowe: wzorce umowne, słabsza strona, ochrona, zawarcie umowy

The Methods of Protection of the ‘Weaker Party’ of a Contract Concluded With a Use of a Standard Contract Term in the 20th and 21st Century Polish Law of Obligations

Summary

The standard contract terms have been used as a mean of a conclusion of a contract since the ancient Roman times. They allowed to accelerate the procedure of concluding a contract by proposing all its suitable terms to one party by another (practically economically stronger, usually entrepreneur) in order to accept or reject them, generally without any possibility to change them. However, their usage has been given up for ages and their rise in the times after the Industrial Revolution was not suddenly followed by a legal regulation. The first of such modern regulations in the world is supposed to be the one introduced by the Polish Code of Obligations (1933). It introduced the limitation of the entrepreneurs’ absolute freedom in proposing the conclusion of a contract with a use of contract terms which improved the position of the ‘weaker party’. With the Polish Civil Code (1964) the regulation of the standard contract terms changed and since then their main function became the control over the economy. The breakthrough in politics and economy of 1989 also affected the development of the analyzed institution. Since then, with the amendment of the Civil Code (1990) it again started protecting the ‘weaker parties’ by limiting the scope of subjects allowed to use contract terms as well as the judicial control of the terms already used. Another change (2000) implemented the EU Directive and proposed better developed system. Subsequent years brought yet newer regulations. The comparison of all the described systems will allow for the analysis of the effectiveness of the contract terms regulations in both protection of the ‘weaker party’ and business opportunities.

Keywords: standard contract terms, weaker party, protection, conclusion of a contract

Wojciech Bańczyk, Jagiellonian University, Faculty of Law and Administration, ul. Gołębia 24, 31–007 Kraków, e-mail: w.banczyk@onet.eu.

IMPLEMENTACJA DECYZJI RAMOWEJ W SPRAWIE ENA W POLSCE I W WIELKIEJ BRYTANII – DEKADA WSPÓŁPRACY I PERSPEKTYWA ZMIAN

1. Wprowadzenie

Powstanie idei „europejskiej federacji”, zgodnej z wizją przedstawioną 66 lat temu przez Roberta Schumana, otworzyło nowy rozdział w dziejach Europy. Co znamienne, Schuman podkreślił, że „nie sposób utworzyć Europę jednym pociągnięciem pióra lub zwykłym aktem zjednoczenia. Europa nie powstanie od razu ani w całości: będzie powstawać przez konkretne realizacje, tworząc najpierw rzeczywistą solidarność”¹.

Od tego czasu obserwujemy nieustanny proces budowania solidarnej wspólnoty, obejmujący nowe dziedziny życia społecznego. Zacieśniająca się współpraca w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej sprawiła, iż dotkliwym problemem stała się kwestia przestępczości transgranicznej². Warto zauważyć, że „zbliżanie się systemów prawnych w Europie jest dzisiaj bardziej powrotem do tradycji niż powstawaniem całkowicie nowego zjawiska”³, by wspomnieć choćby recepcję prawa rzymskiego czy ustawodawstwo napoleońskie. Mimo iż kształt prawa karnego w danym państwie jest uwarunkowany tradycjami kulturowymi, ustrojem politycznym i wynika z poczucia suwerenności, to państwa członkowskie w coraz większym

^{*} E-mail: wawrzynczak.katarzyna@gmail.com

¹ Deklaracja Roberta Schumana z dnia 9 maja 1950 r. [w:] J. Wahl, *Robert Schuman – Ojciec Europy*, Gliwice 1999, s. 81; materiały Fundacji Roberta Schumana „Kwestie europejskie” z dnia 10 maja 2011 r., nr 204, <http://www.robert-schuman.eu/pl/doc/questions-d-europe/qe-204-pl.pdf>, 2.01.2016.

² „Przestępczość transgraniczna” oznacza wszelką poważną lub zorganizowaną działalność przestępczą o charakterze transgranicznym, prowadzoną na granicach zewnętrznych państw członkowskich, wzdłuż tych granic lub w ich pobliżu, taką jak handel ludźmi, przemyt narkotyków oraz inne rodzaje nielegalnej działalności (zob. art. 3 lit. e rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1052/2013 z dnia 22 października 2013 r. ustanawiającego europejski system nadzorowania granic EUROSUR, Dz.Urz. UE L 295, s. 11).

³ S. Waltoś, *Europejska procedura karna – od sceptycyzmu do racjonalnego optymizmu* [w:] *Europejski kodeks postępowania karnego*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2010, s. 9.

stopniu decydują się na pogłębianie współpracy w zakresie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych⁴. Początkowo funkcjonujący model kooperacji w ramach dawnego III filaru UE jest sukcesywnie zastępowany próbą harmonizacji prawnych porządków krajowych⁵. Dynamiczna sytuacja geopolityczna i postępująca eskalacja patologii sprawiły, iż instrumenty, które dawniej sprawdzały się jako narzędzia w walce z przestępczością, jak ekstradycja⁶, z biegiem lat stawały się anachroniczne i nieefektywne. To zjawisko doskonale obrazuje fragment listu Prokuratora Generalnego USA do senatora Edwarda Kennedy'ego: „prawo ekstradycyjne należy do epoki konia i parowca a nie świata odrzutowców i najnowszych technik komunikacyjnych”⁷. Europejską odpowiedzią na zmieniającą się rzeczywistość było oparcie walki z przestępczością na zbliżaniu systemów normatywnych oraz urzeczywistnianiu zasady wzajemnego uznawania decyzji, która miała stać się fundamentem, „kamieniem węgielnym” współpracy sądowej⁸. Realizacja tych założeń rozpoczęła się w 2002 roku, kiedy to Rada UE na mocy decyzji ramowej z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury przekazywania osób między Państwami Członkowskimi (2002/584/WSiSW) – dalej: decyzja ramowa – ustanowiła nową instytucję – europejski nakaz aresztowania (dalej: ENA). Zgodnie z art. 6 tej decyzji, miał on przyjmować postać „decyzji sądowej, wydawanej przez państwo członkowskie UE w celu aresztowania i przekazania przez inny kraj Unii osoby, której taki wniosek dotyczy”.

Dokonując skutecznej implementacji postanowień decyzji, państwa członkowskie wyrażają zgodę na ingerencję w swój system polityczno-prawny organów jurysdykcyjnych innych państw. Europejski nakaz

⁴ Por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 276–280.

⁵ H. Kuczyńska, *Wspólny obszar postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 11.

⁶ Pierwszy, znany współcześnie traktat ekstradycyjny został zawarty między państwem Hetytów a Egiptem mniej więcej w 21 roku panowania faraona Ramzesa II zw. Wielkim, tj. w XIII w. p.n.e. Szerzej na ten temat zob. R. Bierzanek, *Ekstradycja w traktatach zawieranych przez państwa hetyckie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1958, nr 1, s. 9–28.

⁷ Cyt. za G. Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law*, Londyn 1998, s. 1.

⁸ P. Binas, P. Nalewajko, *Europejski nakaz aresztowania* [w:] *Unijna polityka karna*, red. A. Szwarc, Poznań 2009, s. 111–138.

aresztowania jest traktowany jako „okręt flagowy” integracji europejskiej w sprawach karnych. Adaptowanie tego środka przez organy procesowe z niespotykaną jak dotąd łatwością, skłania do dokonania próby analizy, na czym polega ten „legislacyjny fenomen” ENA⁹. Upływ ponad dekady obowiązywania decyzji ramowej w Polsce i efektywnego stosowania jej mechanizmów jest także okazją do przeciwstawienia niemal bezkrytycznej afirmacji ze strony polskich organów ścigania¹⁰, podejściu Wielkiej Brytanii, której władze, obciążone znaczną liczbą wniosków, na długo przed przeprowadzonym 23 lipca 2016 r. referendum w sprawie możliwości opuszczenia struktur unijnych, czyli tzw. *Brexitu*¹¹, coraz donośniejszym głosem podnosiły kwestię skorzystania z przysługującej im na mocy Traktatu Lizbońskiego możliwości wyłączenia (tzw. klauzula *opt-out*) z unijnej polityki sprawiedliwości i spraw wewnętrznych¹².

Pod koniec 2014 roku brytyjski parlament przeprowadził głosowanie w sprawie uczestnictwa Wielkiej Brytanii w systemie 35 instrumentów współpracy policyjnej i sądowej. Był to refleks umowy wynegocjowanej przy okazji ratyfikacji Traktatu Lizbońskiego, która zakładała zobowiązanie się Wielkiej Brytanii do ratyfikacji bez przeprowadzania wymaganego w prawie wewnętrznym referendum, a jednocześnie skutkowałą wyrażeniem zgody na poddanie się jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości w obszarze współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych, zaś z drugiej strony zapewniła sobie możliwość re negocjacji warunków uczestnictwa w systemie, w tym między innymi zastrzegła swe uprawnienie

⁹ A. Górski, A. Sakowicz, *Bariery prawne integracji europejskiej w sprawach karnych*, Materiały Robocze 3/05, Centrum Europejskie – Natolin, Warszawa 2005, s. 12–13.

¹⁰ Świadczą o tym statystyki dotyczące liczby ENA wysłanych przez Polskę już w pierwszych latach funkcjonowania tej instytucji: w 2005 r. – 530, 2006 r. – 988, 2007 r. – 1791 wniosków i utrzymująca się tendencja wzrostowa. Zob. T. Gardocka, *Europejski Nakaz Aresztowania. Analiza polskiej praktyki występowania do innych państw Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie osoby trybem europejskiego nakazu aresztowania*, Warszawa 2011, s. 13–14.

¹¹ Termin *Brexit* to potoczne złożenie, funkcjonujące w przestrzeni publicznej, powstałe z połączenia słów *British* i *exit*. Szerzej na temat samego referendum i jego znaczenia dla dalszego funkcjonowania UE, zwłaszcza w przestrzeni współpracy sądowej w sprawach karnych, w dalszej części artykułu.

¹² A. Gilligan, *Britain left to count cost of European Arrest Warrant*, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/7969981/Britain-left-to-count-cost-of-European-Arrest-Warrant.html>, 2.01.2016.

do zastosowania klauzul *opt-out* wobec poszczególnych instrumentów tego obszaru¹³. W przeprowadzonym głosowaniu, mimo wcześniejszych zapowiedzi, premier David Cameron nie odważył się jednak poddać pod osąd parlamentarzystów jednego ze sztandarowych projektów zjednoczonej Europy, tj. ENA. Sytuacja uległa jednak diametralnej zmianie po wspomnianym referendum, w którym obywatele Zjednoczonego Królestwa stosunkiem głosów 52% do 48% opowiedzieli się za wystąpieniem ich państwa z unijnych struktur organizacyjnych¹⁴. Jednak uwzględniając poziom skomplikowania procedury wystąpienia, zdefiniowanej w art. 50 Traktatu Lizbońskiego, zwłokę brytyjskiego rządu przy wdrożeniu tego procesu i rozpoczęciu negocjacji dotyczących wystąpienia czy choćby ożywione, wewnętrzne dyskusje prowadzone przez brytyjską opinię publiczną i klasę polityczną, a spowodowane niedawnym orzeczeniem *High Court* w Londynie¹⁵, nie można póki co jednoznacznie stwierdzić, jakie będą losy zarówno Wielkiej Brytanii w UE, ale także jej dwustronnych stosunków z państwami członkowskimi tej organizacji, w tym stosowania choćby niektórych dotychczas obowiązujących mechanizmów współpracy, np. ENA.

2. Europejski nakaz aresztowania jako urzeczywistnienie zasady wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych - ujęcie problemowe

Zainicjowanie wzajemnego uznawania orzeczeń „jest pewnego rodzaju kompromisem między dalekim od efektywności tradycyjnym

¹³ Ch. Howarth, *Why is the European Arrest Warrant so controversial?*, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/11198850/Why-is-the-European-Arrest-Warrant-so-controversial.html>, 2.01.2016.

¹⁴ Frekwencja w referendum wyniosła 71,8% spośród niemal 47 milionów Brytyjczyków uprawnionych do głosowania. A. Hunt, B. Wheeler, *Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU*, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>, 5.12.2016.

¹⁵ W wyroku sądu pierwszej instancji z dnia 3 listopada 2016 r. stwierdzono, iż Rząd przed uruchomieniem procedury negocjacyjnej, mimo co do zasady wiążącego charakteru referendum, powinien uprzednio zasięgnąć zgody Parlamentu. Losy tego rozstrzygnięcia ostatecznie rozstrzygnie Sąd Najwyższy na przełomie 2016 i 2017 roku (rozprawa apelacyjna toczyła się w dniach 5–8 grudnia 2016 r.). C. Coleman, *The legal questions at the heart of the High Court Article 50 rulings*, <http://www.bbc.com/news/uk-37873493>, 5.12.2016.

modelem współpracy, a realizowaną na szeroką skalę harmonizacją prawa¹⁶. Przyjęcie takiego podejścia do kwestii uznawania orzeczeń pozwoliło na stosunkowo szybkie wdrożenie tej zasady jako instrumentu efektywnego transgranicznego ścigania karnego¹⁷ i uczynienie z niej środka wiodącego do stworzenia „Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości”¹⁸. U podstaw zasady wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych leży zaufanie państw do obcego wymiaru sprawiedliwości na zasadzie wzajemności¹⁹. Państwa powinny szanować odrębności swoich systemów prawnych i aprobować przyjmowane rozstrzygnięcia nawet w sytuacji, gdy zastosowanie krajowych norm prawa karnego doprowadziłoby do odmiennego rozstrzygnięcia²⁰, przy zastrzeżeniu, iż poszczególne systemy wymiarów sprawiedliwości w UE spełniają minimalne standardy ochrony praw człowieka i czynią zadość zasadom rzetelnego procesu karnego²¹. W doktrynie pojęcie „wzajemnego uznawania decyzji w sprawach karnych” jest sprowadzane do rezygnacji przez państwa z tradycyjnego modelu wykonywania orzeczeń *exequatur*²² na rzecz wykonywania ich bez dalszej transformacji. Państwo wezwane traci także uprawnienie do badania formalnych i materialnych przesłanek wydania takiego orzeczenia. Zgodnie z pkt 10 preambuły tej decyzji, mechanizm ENA opiera się właśnie na wysokim stopniu zaufania (*high level of confidence*). W ramach tej procedury, wbrew literalnej nazwie instrumentu, inna

¹⁶ P. Nalewajko, *Idea wzajemnego uznawania rozstrzygnięć w sprawach karnych na obszarze Unii Europejskiej* [w:] *Unijna polityka...*, red. A. Szwarc, s. 83.

¹⁷ Pomysłodawcą zastosowania idei wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych był brytyjski sekretarz stanu Jack Straw. Zob. M. Fichera, *The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?*, „European Law Journal” 2009, nr 1, s. 73.

¹⁸ Zob. A. Grzelak, *Unia Europejska na drodze do Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości*, „Zeszyty Natolińskie” 2009, nr 37.

¹⁹ Zob. P. Hofmański, *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 27–29; Z. Barwina, *Zasada wzajemnego uznawania w sprawach karnych*, Warszawa 2012, s. 299–304.

²⁰ Tezy wyroku TS w sprawach połączonych *Gözütok–Brügge* (cyt. za S. Buczma, *Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń między państwami członkowskimi Unii Europejskiej – etapy kształtowania, zakres funkcjonowania i podstawowe cechy*, „Ius Novum” 2009, nr 2, s. 76).

²¹ A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w procesie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, s. 206–207.

²² Sytuacja, w której państwo wezwane przekształca przedmiotowe rozstrzygnięcie w swoje własne orzeczenie.

czynność procesowa podlega wzajemnemu uznaniu (orzeczenie stanowiące podstawę wydania nakazu w państwie wnioskującym), a inna wykonaniu (europejski nakaz sądowy jako odrębna decyzja sądowa podejmowana przez państwo wykonujące).

2.1. Zasada suwerenności i *ius puniendi*

Pojęcie suwerenności państwa już od czasów antycznych było związane z kompetencją karania przestępców²³ i stosowania przymusu uznanego za atrybut państwa. Prawo karne znajduje silne umocowanie w kulturze, a represyjność tej gałęzi jest uzależniona od poziomu punitowności w społeczeństwie. Obecnie kwestie szeroko rozumianej jurysdykcji karnej²⁴ są jednym z najintensywniej eksploatowanych obszarów, zarówno na gruncie współpracy proceduralnej, ale także harmonizacji prawa materialnego²⁵.

Podstawowym znamieniem suwerenności według Jeana Bodina²⁶ jest możliwość wydawania ustaw. Upoważnienie innego podmiotu do wydania aktu prawnego nie może być utożsamiane z przekazaniem całkowitej kompetencji stanowienia prawa²⁷. Pokój westfalski zawarty w 1648 r. przyniósł nowe spojrzenie na suwerenność, która miała się sprowadzać do możliwości zawierania przymierzy i porozumień, „również w celach obronnych i zapewnienia bezpieczeństwa”²⁸. Państwo, korzystając ze zdolności traktatowej, z własnej woli ogranicza swoją swobodę decyzyjną.

Aby stworzyć kompletny obraz kształtowania się idei suwerenności w Europie, należy przybliżyć istotę doktryny brytyjskiej, opierającej się na pojęciu supremacji Parlamentu, której autorstwo przypisuje się Albertowi

²³ W Digestach Justyniańskich znajdziemy pojęcie *merum imperium*, oznaczające pełnię władzy państwowej, na którą składa się tzw. władza miecza, czyli prawo wymierzania kary za popełnione przestępstwa. Zob. *Digesta* 2.1.3 [w:] *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Księgi 1–4*, red. T. Palmirski, Kraków 2013, s. 241.

²⁴ Jurysdykcja jako uprawnienie suwerena do wpływania na prawa osób poprzez akty prawne. Zob. J.H. Beale, *The Jurisdiction of a Sovereign State*, „Harvard Law Review” 1923, nr 3, s. 241.

²⁵ By wspomnieć choćby projekt *Corpus Iuris* czy ideę powołania Prokuratury Europejskiej.

²⁶ J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, Warszawa 1958, s. 183 i n.

²⁷ J. Piskorski, *Legitymizacja prawa karnego Unii Europejskiej*, Poznań 2013, s. 152–153.

²⁸ A. Sakowicz, *Zasada ne bis...*, s. 139.

Venn Dicey’emu²⁹. W aspekcie zewnętrznym, Parlament nie może być związany decyzjami instytucji międzynarodowych, nie może także podejmować wobec nich zobowiązań trwale ograniczających własną swobodę decyzyjną. W aspekcie wewnętrznym, doktryna suwerenności oznacza natomiast, iż ciało to jest najwyższym ośrodkiem decyzyjnym w Zjednoczonym Królestwie, a jego decyzje wyrażone w formie ustawy przeważają w stosunku do decyzji każdego innego organu.

Obecnie ujęcie suwerenności w klasycznym modelu bodinowskim jawi się jako anachroniczne. Ten stan rzeczywistości doskonale uchwycił Neil MacCormick, twierdząc, iż „rzeczą jasną jest, że suwerenność w sensie prawnym czy politycznym rozumiana jako absolutna i wyłączna jest czymś całkowicie nieobecnym we Wspólnocie Europejskiej”³⁰. Suwerenne państwa, dysponujące „kompetencją kompetencji”³¹, mogą powierzyć ich realizację innym podmiotom, takim jak UE. Głębokiej rewizji domagała się także brytyjska doktryna suwerenności. Gdy kraj ten przystąpił do Wspólnoty w 1972 roku, jedynym sposobem pogodzenia członkostwa z zasadą supremacji parlamentu było wprowadzenie prawa Wspólnot do krajowego porządku prawnego przy pomocy ustawy – *European Communities Act 1972*³², w którym nadano skuteczność na terenie Zjednoczonego Królestwa zarówno aktualnym, jak i przyszłym przepisom stanowionym przez organy Unii Europejskiej³³.

2.2. Zasada obywatelstwa

Zasada obywatelstwa jest charakterystyczna dla kontynentalnej kultury prawnej. Przedstawiciele systemu *common law* uznają ją za *stricte*

²⁹ Szerzej na temat zagadnienia brytyjskiej doktryny suwerenności zob. P. Biskup, *Prawno-polityczna ewolucja brytyjskiej doktryny suwerenności*, Warszawa 2007.

³⁰ Neil MacCormick to brytyjski filozof prawa i eurodeputowany VI kadencji. Zob. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and practical reason*, New York 1999, s. 132.

³¹ R. Kwiecień, *Suwerenność państwa w Unii Europejskiej*, PiP 2003, z. 2, s. 196.

³² *European Communities Act 1972 r. (c. 68)*, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/pdfs/ukpga_19720068_en.pdf, 2.01.2016.

³³ K. Wójtowicz, *Suwerenność w procesie integracji europejskiej [w:] Spór o suwerenność*, red. W. Wolpiuk, Warszawa 2001, s. 167.

polityczną³⁴. Ten pogląd zyskał ogólną aprobatę doktryny anglosaskiej w 1880 roku, gdy w trakcie posiedzenia *Institut de Droit International* w Oksfordzie sformułowano wezwanie do porzucenia przez państwa „*their policy of non-extradition*”³⁵ i stwierdzono, iż przekazanie przestępcy, jeśli jest konieczne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, choćby przez wzgląd na bliskość materiału dowodowego, w żaden sposób nie uchybia godności narodu. Stanowisko to ostatecznie przypieczętowała w 1968 roku wypowiedź Przewodniczącego Izby Gmin, który stwierdził, iż nie może budzić oburzenia fakt dostarczenia Anglika w ręce zagranicznych sędziów, ponieważ jest on przede wszystkim przestępcą, a dopiero później obywatelem Zjednoczonego Królestwa³⁶.

Inaczej kształtowało się podejście w systemie prawa kontynentalnego, znajdujące umocowanie w niemieckiej doktrynie „obowiązku wierności państwa wobec własnych obywateli”, czyli *Treupflicht*³⁷. Obywatelstwo jest szczególnym węzłem prawnym łączącym jednostkę z państwem. Z jego istoty wypływa obowiązek lojalności i wierności obywatela oraz zwierzchnictwo osobowe państwa. Obywatel ma także prawo oczekiwać od państwa skutecznej opieki i ochrony interesów³⁸. W państwach długo pokutowało głęboko zakorzenione przekonanie o wyższości rodzimego aparatu ścigania karnego, prym wiódł także postulat zapewnienia efektywnej obrony, co determinowało wyobrażenie o poziomie rzetelności procesu w obcym państwie. Musiało zostać ono jednak porzucone z racji na treść jednego z kryteriów kopenhaskich, którego spełnienie warunkuje uzyskanie członkostwa w UE, tj. zobowiązanie państwa-pretendenta do urzeczywistnienia stabilnych rządów prawa. Także w polskim systemie prawnym dominowało stanowisko uznające przekazanie za naruszenie personalnej więzi, przejawiającej się w prawie obywatela do ponoszenia

³⁴ N. Keijzer, *The European Arrest Framework Decision between past and future* [w:] *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, red. E. Guild, Nijmegen 2006, s. 69 i n.

³⁵ M. Plachta, *(Non-)extradition of nationals: A neverending story?*, „*Emory International Law Review*” 1999, nr 1, s. 87.

³⁶ Tamże, s. 88.

³⁷ Zob. A. Górski, *Europejskie ściganie karne. Zagadnienia ustrojowe*, Warszawa 2010, s. 156–180.

³⁸ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2011, s. 243.

odpowiedzialności przed ojczystym sądem³⁹. Zasada ta zbiega się z funkcjonowaniem zasady terytorialności (art. 5 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm. – dalej: k.k.) i wyrażonym wprost w art. 604 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm. – dalej: k.p.k. – zakazem ekstradycji obywatela polskiego, co poddaje w wątpliwość możliwość internacjonalizacji kwestii odpowiedzialności karnej. Zasady zdefiniowane ustawowo są wyrazem norm konstytucyjnych (art. 37 w zw. z art. 45 i 55 ust. 1 Konstytucji RP), dlatego konieczne było wprowadzenie w polskiej ustawie zasadniczej odpowiednich zmian dostosowawczych, sama prounijna wykładnia okazała się już instrumentem niewystarczającym. W pierwszych miesiącach obowiązywania nowej regulacji, Sąd Okręgowy w Gdańsku skierował do Trybunału Konstytucyjnego pytanie prawne dotyczące zgodności art. 607t § 1 k.p.k. w brzmieniu po wprowadzonej zmianie z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP (ustanawiający zakaz ekstradycji obywatela polskiego), w związku z toczącym się postępowaniem w przedmiocie przekazania polskiej obywatelki do Królestwa Niderlandów. Trybunał orzekł o sprzeczności tej regulacji z normą konstytucyjną (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r., P 1/05, OTK-A 2005, nr 4, poz. 42).

Po debacie publicznej we wrześniu 2006 roku została uchwalona ustawa z dnia 8 września 2006 r. o zmianie Konstytucji RP (Dz.U. Nr 200, poz. 1471), która weszła w życie 7 listopada 2006 r. W przedmiotowym artykule dokonano radykalnej zmiany, która pozwoliła na zsynchronizowanie regulacji konstytucyjnej z wcześniej wprowadzonymi normami kodeksowymi. Nie ograniczono jednak zastosowania ust. 4, w którym została zdefiniowana jedna z tradycyjnych przeszkód ekstradycyjnych, tj. polityczny charakter przestępstwa, zaś w ust. 2 znajdziemy urzeczywistnienie klasycznej zasady terytorialności, poprzez wskazanie na konieczność popełnienia czynu poza terytorium Rzeczypospolitej, jako niezbędny warunek wydania. Wymagania te jawnie kolidują z postanowieniami decyzji w sprawie ENA⁴⁰.

³⁹ Tzw. zasada narodowości podmiotowej, znajduje odzwierciedlenie w art. 109 k.k.

⁴⁰ Por. art. 4 decyzji ramowej w sprawie ENA.

2.3. Zasada podwójnej karalności

Wymóg podwójnej karalności, który zgodnie z brzmieniem art. 2 ust. 2 decyzji ramowej został wyłączony w stosunku do grupy 32 tzw. przestępstw europejskich, należy traktować jako tradycyjną przeszkodę ekstradycyjną. Jest też powszechnie uznawany jako eksplikacja prawnokarnej zasady *nullum crimen sine lege*⁴¹, która znajduje swoje umocowanie w art. 7 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) – dalej: Konwencja. Standard *nullum crimen* funkcjonuje w porządkach krajowych, jako swoisty wyraz gwarancji wolności obywatelskich w obliczu rygorów karnych. Z kolei zasada podwójnej karalności zapewnia ten gwarancyjny wymiar na płaszczyźnie międzynarodowej⁴².

W ten sposób zasada ta, jest postrzegana na gruncie Konstytucji RP, która w art. 42 ust. 1 określa „aksjologiczne podstawy funkcjonowania odpowiedzialności karnej” (wyrok TK z dnia 15 października 2008 r., P 32/06, OTK ZU 2008, nr 8A, poz. 138), co dodatkowo wyeksponowano w art. 1 § 1 k.k. Inne stanowisko w tej kwestii prezentuje angielska doktryna prawa karnego, według której źródłem norm penalizujących może być reguła wypracowana przez orzecznictwo sądowe, tj. precedens⁴³. Co więcej, możliwa jest także odpowiedzialność na podstawie klauzul ogólnych, takich jak konstrukcja spisku przestępnego, czyli *conspiracy*⁴⁴.

⁴¹ Zasada „Nie ma przestępstwa bez ustawy”, ukształtowała się już w okresie Oświecenia. Po raz pierwszy oficjalnie zapisana w art. 8 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 13–19.

⁴² A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania. Między skutecznością ścigania a gwarancyjną funkcją praw człowieka*, „Przeгляд Policijny” 2002, nr 3/4, s. 62.

⁴³ Więcej na ten temat zob. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2007, s. 312–314.

⁴⁴ Stanowi on zupełnie odrębną instytucję prawną, która zakłada samoistną karalność porozumienia przestępnego i nie znajduje odpowiednika w państwach kontynentalnych, nie można jej utożsamiać ze współsprawstwem. Zob. S. Frankowski, *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej – wybrane zagadnienia*, Warszawa 1982, s. 287–288.

Na uwagę zasługuje proces znoszenia tej zasady w decyzji ramowej w sprawie ENA. Przy definiowaniu katalogu czynów zabronionych, do których ma się odnosić wyłączenie zabrakło jasności terminologicznej⁴⁵, mimo iż w większości są to czyny kryminalizowane we wszystkich państwach, a niektóre nawet podlegają harmonizacji (falszowanie pieniędzy, przestępstwa przeciwko środowisku czy handel narkotykami⁴⁶). Z jednej strony mamy do czynienia ze wskazaniem konkretnych przestępstw, np. morderstwo, gwałt, handel bronią, falszowanie dokumentów, z drugiej zaś strony, możemy natrafić na wyliczenie pewnych zjawisk, którym niełatwo przypisać ściśle określone znamiona, np. rasizm, terroryzm, korupcja, cyberprzestępczość⁴⁷. Otwiera to drogę do elastycznego wdrażania i stosowania postanowień decyzji, może być także „furtką” do naruszeń, zwłaszcza zasady *nullum crimen*⁴⁸. Część nazw czynów zostało zaczerpnięte z języka potocznego, np. w oryginalnym tekście angielskim decyzji ramowej użyto słowa *swindling*⁴⁹, zamiast *embezzlement*, które w języku prawnym oznacza sprzeniewierzenie⁵⁰. Zastosowanie takiej techniki legislacyjnej stwarza duże problemy przy transpozycji postanowień decyzji, czego przykładem jest katalog przestępstw z art. 607w k.p.k. (np. porządkowanie do pojęcia *racketeering* przestępstwa wymuszenia rozbójniczego, z kolei pojęcie *arson*, które zostało przetłumaczone dosłownie nie ma w Polsce charakteru prawnego)⁵¹. Pojawia się także kwestia róż-

⁴⁵ A. Sakowicz, *Zasada ne bis...*, s. 228.

⁴⁶ M. Mackarel, *The European Arrest Warrant – the Early years: implementing and Using the Warrant*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2007, t. 15, s. 40.

⁴⁷ Podjęto próby ujednoczenia tych pojęć, jak choćby poprzez przyjęcie decyzji ramowej z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (2002/475/WSSiW), jednak implementacja zawartych tam postanowień nie przelożyła się na ich jednolite zdefiniowanie w porządkach krajowych (por. treść art. 115 § 20 k.k. z treścią art. 1 i 3 decyzji w sprawie zwalczania terroryzmu).

⁴⁸ Zob. wyroki ETPC: z dnia 25 maja 1993 r., nr 14307/88, *Kokkinakis przeciwko Grecji*, HUDOC, § 52; z dnia 24 maja 2007 r., nr 77193/01 i 77196/01, *Dragotoniu i Milătrău-Pidborni przeciwko Rumunii*, HUDOC, § 36, w których ETPC wskazał, iż niedookreśloność przepisów nie może wyłączać adresatowi normy możliwości przewidzenia skutków prawnokarnych swojego zachowania.

⁴⁹ Pojęcie to w ogóle nie jest znane w prawie angielskim czy szkockim. Zob. M. Mackarel, *The European Arrest...*, s. 44.

⁵⁰ M. Plachta, *Europejski nakaz...*, s. 60.

⁵¹ W polskiej wersji językowej decyzji, pojęcia zostały przetłumaczone dosłownie i prawidłowo. Jednak polski ustawodawca w art. 607w k.p.k. zmodyfikował je, podejmując próbę dostosowania do

norodnego traktowania zabiegu aborcji, czy eutanazji, w świetle definicji morderstwa obowiązującej w krajach UE⁵².

Kolejnym spornym zagadnieniem jest możliwość postrzegania wymogu podwójnej karalności w szerszej perspektywie, uwzględniającej typowe okoliczności wyłączające bezprawność i winę, takie jak, np. obrona konieczna, stan wyższej konieczności, błąd⁵³. I tak w prawie angielskim znajdziemy swoiste rozwiązania dopuszczające ponoszenie odpowiedzialności karnej za czyny innych osób⁵⁴. Znamiennym przykładem będzie także uznanie za rodzaj *defence (ground excluding responsibility)* dokonanie „zabójstwa z litości”⁵⁵. Decyzja nie precyzuje czy uchylenie zasady podwójnej karalności odnosi się wyłącznie do sprawstwa, czy też należy odnosić je także do pozostałych form stadialnych lub zjawiskowych przestępstwa.

2.4. Gwarancje procesowe i ochrona praw człowieka w aspekcie procedury przekazania

Odstąpienie od zakazu ekstradycji w decyzji ramowej w sprawie ENA było uzasadnione przekonaniem graniczącym z pewnością, iż państwa członkowskie UE wypełniają wszelkie standardy praw człowieka⁵⁶, które

pojęć już funkcjonujących w polskim systemie prawnym. Zakres pojęcia *racketeering*, oznaczającego najlepiej ściąganie haraczy, został ograniczony jedynie do wymuszenia rozbójniczego popełnionego z użyciem broni palnej lub groźby jej użycia – art. 607w pkt 22 k.p.k. (podkreślenia wymaga, iż Kodeks karny w art. 282 nie przewiduje kwalifikowanego typu wymuszenia rozbójniczego z użyciem broni, jak czyni to w przypadku przestępstwa rozboju). Podobnie polskie ustawodawstwo nie przewiduje penalizacji przestępstwa podpalenia (dosłowne tłumaczenie pojęcia *arson* w art. 607w pkt 30 k.p.k.). Art. 163 § 1 pkt 1 k.k. uznaje za występki sprowadzenie zdarzenia powszechnie niebezpiecznego w postaci pożaru. Podpalenie będzie najczęściej traktowane jako usiłowanie popełnienia występku z art. 163 § 1 k.k. lub sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa takiego zdarzenia (art. 164 k.k.).

⁵² R. Potorski, *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych w Unii Europejskiej – geneza, struktury, działania*, Toruń 2011, s. 181. Dla przykładu, w Irlandii aborcja zaliczana jest do zakresu pojęcia morderstwo, podczas kiedy w Polsce dokonanie nielegalnej aborcji jest odrębnie penalizowanym czynem, zaś w Wielkiej Brytanii przeprowadzanie aborcji nie napotyka żadnych ograniczeń normatywnych.

⁵³ L. Gardocki, *Podwójna przestępczość czynu w prawie ekstradycyjnym* [w:] *Problemy nauk penalnych: prace ofiarowane Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996, s. 71.

⁵⁴ A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwojny, *Prawo karne...*, s. 319.

⁵⁵ Tamże, s. 331.

⁵⁶ P. Bogdanowicz, *Niekonstytucyjność europejskiego nakazu aresztowania*, „Palestra” 2005, nr 3–4, s. 69.

z kolei determinują prowadzenie rzetelnego postępowania karnego⁵⁷. Dość szybko okazało się jednak, że praktyka wygląda zupełnie inaczej, co obrazują raporty sporządzone przez niezależną organizację *Fair Trials International*⁵⁸. Warto przywołać tutaj przykład Garry’ego Mana⁵⁹, który został przekazany przez Wielką Brytanię do Portugalii w celu wykonania orzeczonej wobec niego kary 2 lat pozbawienia wolności za udział w pomeczowych zamieszkach. Przekazanie nastąpiło mimo posiadania przez brytyjski sąd niezbitych dowodów na to, iż portugalski proces był nierzetelny, przede wszystkim z uwagi na ograniczenie prawa do obrony oskarżonego i niezapewnienie odpowiedniego standardu tłumaczenia. Z kolei Andrew Symeou⁶⁰, brytyjski student, został oskarżony o spowodowanie śmierci pewnego młodego Greka, co było podstawą wystąpienia przez Grecję z ENA wobec Wielkiej Brytanii. Procedura przekazania odbyła się bez większych trudności, mimo iż oskarżenie opierało się na dowodach z zeznań świadków, które zostały na nich wymuszone. Świadkowie jednak wycofali swoje zeznania i rzuty upadły, ale Symeou spędził rok w tamtejszym areszcie, w którym warunki bytowe odbiegały od europejskich standardów⁶¹.

Należy podkreślić, iż wszystkie państwa są sygnatariuszami Konwencji, do której na mocy art. 6 ust. 2 TUE przystąpiła także Unia Europejska jako organizacja. Decyzja w sprawie ENA przewiduje możliwe sytuacje, z którymi wiąże obligatoryjną odmowę wykonania nakazu, ale nie ma wśród nich potencjalnego naruszenia praw podstawowych. Za przeszkodę do wykonania ENA może być uznane tylko rażące naruszenie

⁵⁷ Rzetelność procesu ocenia się przez pryzmat zaistnienia w procesie konkretnych elementów, takich jak m.in.: korzystanie z pomocy obrońcy, należyte poinformowanie oskarżonego o przysługujących mu prawach. Szerzej na ten temat zob. H. Kuczyńska, *Rzetelny proces karny w prawie UE i orzecznictwie ETS* [w:] *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 177–179.

⁵⁸ Zob. raport “*The European Arrest Warrant seven years on – the case for reform*”, <http://www.fairtrials.net>, 2.01.2016.

⁵⁹ Tamże, s. 8 oraz 17–18.

⁶⁰ Tamże, s. 9 oraz 18–19.

⁶¹ Na złe warunki bytowe w greckich jednostkach penitencjarnych zwraca uwagę w swoich raportach również Amnesty International. Zob. informacje zawarte w raportach rocznych z okresu 2007–2013, <http://www.amnesty.org/en/annual-report/2013>, 2.01.2016.

tych praw, zgodnie z pkt 12 preambuły do decyzji⁶². To wyłączenie jest powielane w praktyce krajowej, np. brytyjski *Extradition Act 2003* przewiduje, iż sędzia, który rozpatruje wniosek o przekazanie osoby jest zobowiązany do zbadania, czy przekazanie będzie zgodne z *Human Rights Act 1998*⁶³. Przykładem praktycznego wykorzystania tej klauzuli jest sprawa *F-K v Polish Judicial Authority* (UKSC 2012/0039), tocząca się przed Sądem Najwyższym Zjednoczonego Królestwa. Sąd doszedł do wniosku, że przekazanie matki pięciorga dzieci stoi w sprzeczności z art. 8 Konwencji, określającym prawo do prywatności i życia rodzinnego. Brytyjski sąd uznał za wartość nadrzędną dobro małoletnich dzieci⁶⁴.

Szczegółowej regulacji brakuje także w obszarze gwarancji procesowych dla podejrzanego (oskarżonego). W art. 11 decyzji ramowej znajdziemy lapidarne sformułowanie o zobowiązaniu sądu do poinformowania osoby o treści ENA, nie precyzuje ona czasu, formy przekazania informacji ani tego, jakie informacje powinny być przekazane⁶⁵. Lakoiczne stwierdzenia dotyczą także prawa do pomocy prawnej i pomocy tłumacza. Co istotne, te niedociągnięcia zostały zauważone przez samego unijnego prawodawcę, który w 2013 r. przyjął dyrektywę w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym ENA (dyrektywa 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r., Dz.Urz. UE L 294, s.1)⁶⁶. Komisja przygotowała także projekt dyrek-

⁶² M. Mackarel, *The European Arrest Warrant...*, s. 42–43.

⁶³ Ustawa implementuje do angielskiego porządku prawnego regulacje Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zob. *Human Rights Act 1998*, (c.42), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>, 1.01.2016.

⁶⁴ J.R. Spencer, *Extradition. The European Arrest Warrant and human rights*, „Cambridge Law Journal” 2013, t. 72, s. 250–253; S. Alegre, M. Leaf, *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A step too far too soon? Case study – the EAW*, „European Law Journal” 2004, nr 2, s. 203. W kwestii dokonywania przez brytyjskie organy władzy publicznej oceny zasadności procedur przekazania obywateli państw trzecich w ramach prawa azylowego wypowiedział się także Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10 *N.S. przeciwko Secretary of State for the Home Department*, CURIA.

⁶⁵ Powoduje to dysonans w stosunku do regulacji z art. 5 ust. 2 Konwencji, zgodnie z którą informacja o stawianych zarzutach powinna być przekazana niezwłocznie i w zrozumiałym dla podejrzanego języku.

⁶⁶ Mimo wejścia w życie nie została prawidłowo transponowana m.in. w Wielkiej Brytanii, na co zwraca uwagę raport *Fair Trials International* z dnia 18 czerwca 2014 r. – „Strategic approaches to litigation

tywy w sprawie pomocy prawnej w ramach postępowania dotyczącego ENA⁶⁷. Decyzja ramowa przewiduje kilka rozwiązań, które przyczyniają się do zapewnienia wysokiego standardu ochrony podstawowych praw oskarżonego, m.in. możliwość odmowy realizacji ENA wydanego w celu wykonania kary orzeczonej w postępowaniu *in absentia* (art. 4a), czy nałożenie na organy państwa wykonującego obowiązek sądowego przesłuchania osoby, która nie wyraża zgody na przekazanie (art. 14)⁶⁸.

Europejski nakaz aresztowania jest środkiem o dużym stopniu dolegliwości, dlatego decyzja w art. 12 nakłada na państwo wykonujące nakaz obowiązek dokonania oceny, czy konieczne jest stosowanie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania. W praktyce polskie organy ścigania uznają nakaz za samoistną przesłankę stosowania aresztu, co wynika także z regulacji art. 607k § 3 k.p.k. Z kolei w Wielkiej Brytanii, ustawodawca w *Extradition Act 2003* zamieścił wprost zalecenie skierowane do organów wymiaru sprawiedliwości, by dokonywały w miarę uzasadnionych potrzeb, wyboru pomiędzy aresztem a nałożeniem kaucji. Konieczne wydaje się uzupełnienie i dostosowanie norm odnoszących się do stosowania środków zapobiegawczych, tak by odpowiadały wdrażanej idei integracyjnej.

3. Implementacja decyzji w Polsce i Wielkiej Brytanii - analiza porównawcza

Decyzje ramowe wprowadzone do systemu źródeł prawa wtórnego na mocy postanowień Traktatu Amsterdamskiego z 1997 r. stały się instrumentem harmonizacji prawa karnego materialnego, ale i procesowego. Przyczyniły się do usprawnienia współpracy między organami sądowymi i organami ścigania. Z założenia są przyjmowane w celu zbliżenia przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich. Wiążą państwa co do celu, który ma być osiągnięty, pozostawiając im swobodę wyboru

at the Court of Justice of the EU on fair trial rights in criminal cases and the European Arrest Warrant?, <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/140818-CJEU-meeting-report.pdf>, 2.01.2016.

⁶⁷ Projekt dyrektywy z dnia 27 listopada 2013 r. w sprawie tymczasowej pomocy prawnej dla podejrzanych lub oskarżonych, którzy zostali pozbawieni wolności, oraz w sprawie pomocy prawnej w ramach postępowania dotyczącego europejskiego nakazu aresztowania – COM (2013) 824 *final*.

⁶⁸ H. Kuczyńska, *Wspólny obszar...*, s. 82.

formy i środków⁶⁹. Decyzje jako środki harmonizacji podlegają obowiązkowi transponowania do porządku krajowego⁷⁰.

3.1. Analiza ustawy transponującej postanowienia decyzji do Kodeksu postępowania karnego

Implementacja postanowień decyzji ramowej w sprawie ENA w Polsce od początku wzbudzała kontrowersje, co może niejako uzasadniać niedoskonałość legislacyjną ustawy transponującej przedmiotowe rozwiązania do porządku prawnego. Pierwsza niespójność polskiej regulacji z treścią decyzji znajduje się w art. 607a k.p.k. Ustawodawca stwierdza, że nakaz może zostać wydany wobec osoby ściganej za przestępstwo, co wyklucza wydanie nakazu np. celem wykonania wobec sprawcy niepo czytalnego orzeczenia o umieszczeniu go w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym i w konsekwencji może skutkować powstaniem znacznych trudności w realizacji postulowanych celów tej instytucji.

W art. 607b k.p.k. w jego nowym brzmieniu ustalonym przez ustawę z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247 ze zm.), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r., pojawia się zastrzeżenie, iż wydanie nakazu jest niedopuszczalne, jeśli nie wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości, co może stanowić reifikację zasady proporcjonalności w autorskim ujęciu polskiego ustawodawcy. Dalej w tym samym artykule znajdziemy pojęcie „inny środek polegający na pozbawieniu wolności” w miejsce *detention order* wskazanych w decyzji, które obejmują zarówno środki zabezpieczające, jak i izolacyjne środki zapobiegawcze. Rodzi to praktyczne wątpliwości, czy ENA może być stosowany w celu wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności⁷¹.

⁶⁹ A. Grzelak, M. Królikowski, A. Sakowicz, *Europejskie...*, s 134.

⁷⁰ „Transpozycja” oznacza działania prawotwórcze, podjęte dla osiągnięcia celu, a więc sprowadza się do przyjęcia krajowego aktu ustawodawczego adaptującego postanowienia merytoryczne dyrektyw czy decyzji. Z kolei „implementacja” oznacza całość podejmowanych działań, na które składa się transpozycja oraz skuteczne stosowanie regulacji na poziomie krajowym zarówno przez organy władzy publicznej, jak i egzekwowanie ich przestrzegania przez obywateli.

⁷¹ Za wyłączeniem możliwości wydania nakazu w takiej sytuacji przemawia fakt, iż od zastępczej kary pozbawienia wolności można się łatwo uwolnić, regulując zaległą grzywnę, co klóci się z celem

Polski kodeks przewiduje, iż warunkiem wydania nakazu jest wystąpienie prokuratora z wnioskiem do właściwego sądu okręgowego. Przepis nie przewiduje różnicowania tej procedury pod kątem stadium postępowania, w którym następuje sporządzenie nakazu. Niezrozumiale wydaje się wymaganie wniosku prokuratora, gdy postępowanie znajduje się na etapie sądowym⁷², co zresztą zostało już poddane krytyce orzeczniczej (zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu z dnia 16 lipca 2015 r., II Kop 15/15, <http://orzeczenia.ms.gov.pl>).

Uwagę zwraca także porównanie norm z art. 607b k.p.k. i art. 2 ust. 1 decyzji. Polski przepis został zredagowany w ujęciu negatywnym, inaczej niż w przypadku aktu unijnego. Ale co ciekawsze, ścisła wykładnia literalna doprowadzi nas do wniosku, że kodeks wskazuje inne zakresy wymaganego zagrożenia karą. Niedopuszczalne jest wydanie nakazu w związku z postępowaniem o przestępstwo zagrożone karą do roku pozbawienia wolności (więc *a contrario* dozwolone jest wydanie nakazu, gdy przestępstwo zagrożone jest karą powyżej 1 roku), a także w celu wykonania kary orzeczonej w wymiarze do 4 miesięcy (odpowiednio wydanie będzie możliwe, gdy orzeczono karę co najmniej 5 miesięcy).

W katalogu obligatoryjnych przesłanek odmowy wykonania wniosku polski ustawodawca transponując podstawę do uwzględnienia amnestii użył sformułowania „przestępstwo podlega darowaniu na mocy amnestii”. Z amnestią mamy jednak do czynienia po prawomocnym skazaniu i polega ona na darowaniu kary. Jeśli natomiast mówimy o darowaniu przestępstwa, to w rzeczywistości chodzi o abolicję. Dlatego można wskazać, iż ustawodawca pomylił amnestię z abolicją, co jest wynikiem zapewne dosłownego tłumaczenia angielskiego terminu, który ma jednak szersze znaczenie⁷³. Kodeks pomija także przesłankę odmowy przekazania własnego obywatela, ponieważ w art. 607t k.p.k. wprowadza procedurę warunkowego przekazania.

międzynarodowej współpracy prawnej. Zob. T. Grzegorzczak, *Procedowanie w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, Prok. i Pr. 2005, nr 4, s. 11.

⁷² A. Górski, A. Sakowicz, K. Boratyńska, *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej: współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych*, Warszawa 2006, s. 363.

⁷³ A. Lach, *Problemy funkcjonowania europejskiego nakazu aresztowania*, EPS 2006, nr 11, s. 25.

Zgodnie z art. 607p pkt 2 k.p.k. odmawia się wykonania nakazu, gdy w innym państwie zapadło prawomocne orzeczenie. Nieprecyzyjne określenie „inne państwo” powoduje wymieszanie przeszkody obligatoryjnej (*res iudicata* w państwie członkowskim) i fakultatywnej (*res iudicata* w państwie trzecim). Organy stosujące prawo stawia zaś przed trudnym zadaniem właściwej subsumpcji. Artykuł 607s § 1 oraz art. 607t § 1 k.p.k. stanowią zaś jawną demonstrację powrotu do zasady obywatelstwa.

3.2. Legislacyjne próby transpozycji postanowień decyzji do *Extradition Act 2003*

W 2003 r. dokonano nowelizacji ustawy ekstradycyjnej z 1989 r., poprzez wdrożenie postanowień decyzji ramowej w sprawie ENA. W rozumieniu *common law* istota nakazu sprowadza się do zniesienia wymagania, w stosunku do państwa żądającego wydania, aby już na pierwszym etapie wykazało ono istnienie *prima facie case*⁷⁴. System oparty na *Extradition Act 2003* zakłada istnienie jednolitej pojęciowo instytucji ekstradycji (nie stosuje pojęcia *surrender*) i dokonuje podziału państw na dwie kategorie. Część 1 wymienionego wyżej aktu obejmuje państwa członkowskie UE, w stosunku do których zakłada się stosowanie mechanizmu ENA, zaś część 2 dotyczy pozostałych państw, z którymi Wielką Brytanię łączy tradycyjne zobowiązania ekstradycyjne⁷⁵.

Cały proces implementacji ENA w Wielkiej Brytanii można podzielić niejako na dwa etapy. W pierwszej fazie prac nad przygotowaniem projektu decyzji ramowej Anglosasi wykazywali wiele entuzjazmu. To właśnie delegacja brytyjska, motywowana doświadczeniami wewnętrznymi z irlandzko-brytyjskim mechanizmem *backing of warrants*, wystosowała inicjatywę zastąpienia tradycyjnie rozumianej ekstradycji nakazem aresztowania, odróżniającego się wyeliminowaniem wymogu podwójnej karalności⁷⁶. Jednak na etapie wdrażania regulacji do systemu krajowego

⁷⁴ Por. J. Law, E.A. Martin, *A Dictionary of Law*, Oxford 2014.

⁷⁵ C. Warbrick, *Recent Developments in UK Extradition Law*, „The International and Comparative Law Quarterly” 2007, nr 1, s. 199–200; M. Mackarel, ‘Surrendering’ the fugitive: the European Arrest Warrant and the United Kingdom, „Journal of Criminal Law” 2007, nr 4, s. 367.

⁷⁶ Note from UK Delegation to K4 Committee, 7090/99 29 March 1999 [w:] M. Fichera, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Edynburg 2009, s. 68 oraz

pojawiło się kilka praktycznych problemów⁷⁷. *Extradition Act* przyjmuje, że podstawą sporządzenia ENA może być ściganie osoby, która jest podejrzana o popełnienie *extradition offence*, podczas gdy decyzja używa sformułowania *act punishable*, co skutkuje pojawieniem się spornej kwestii wystosowania nakazu, gdy zaistnieją okoliczności wyłączające winę lub bezprawność czynu.

Z uwagi na ustrój terytorialny Zjednoczonego Królestwa, mamy do czynienia z systemem organów sądowych o zróżnicowanym charakterze. Na terenie Anglii i Walii w przedmiocie wykonania nakazu będzie orzekał sędzia sądu pokoju (poziom polskiego sądu rejonowego), w Irlandii zaś to Lord Kanclerz (Przewodniczący Izby Lordów, pełniący funkcję ministra sprawiedliwości) dysponuje uprawnieniem do wyznaczenia tzw. *resident magistrate* (tj. sędzia sądu rozjemczego, który orzeka w sprawach mniejszej wagi), podejmującego decyzję o przekazaniu. W Szkocji organem uprawnionym jest szeryf⁷⁸, łączący wykonywanie funkcji sędziego i organu administrującego w obszarze sądownictwa. Wielka Brytania skorzystała z możliwości, jaką przewidziała decyzja ramowa w art. 7 (wyłom od zasady bezpośredniego przekazywania ENA pomiędzy organami sądowymi) i powołała centralne organy odpowiedzialne za odbiór nakazów kierowanych z innych państw – *The National Criminal Intelligence Service* i *The Scottish Crown Office* dla Szkocji.

Postanowienia z art. 3 decyzji dotyczące przesłanek odmowy wykonania ENA nie mogły być w pełni transponowane do *Extradition Act 2003*, ponieważ brytyjskie prawo karne nie przewiduje możliwości wprowadzenia amnestii. Ponadto *Home Office*, w odpowiedzi na zastrzeżenia poczynione w raportach Komisji Europejskiej, zwraca uwagę, że Zjednoczone Królestwo musi przestrzegać innych umownych zobowiązań międzynarodowych jako przykład wskazując Międzynarodową Konwencję przeciwko braniu zakładników z 1979 roku⁷⁹.

74–75.

⁷⁷ M. Fichera, *The implementation...*, s. 162.

⁷⁸ P. Hofmański, *Europejski...*, s. 115.

⁷⁹ M. Mackarel, *The European Arrest...*, s. 53.

Na kanwie implementacji art. 3 pkt 2 decyzji (przesłanka *res indicata* w państwie członkowskim), pojawiają się niejasności w rozumieniu pojęcia „ostateczny/prawomocny wyrok” („*person has been finally judged*”). Angielskie sądy dysponują uprawnieniem do ponownego rozpatrzenia sprawy, gdy w sprawie pojawiają się nowe dowody (instytucja modelowo zbliżona do polskich nadzwyczajnych środków zaskarżenia, ale traktowana jako element trójinstancyjnego modelu odwoławczego). Zatem trudno jednoznacznie stwierdzić, w którym momencie orzeczenie nabywa ostatecznego charakteru *res indicata*⁸⁰.

Brytyjski prawodawca nie tylko pominął przy transpozycji pewne przesłanki, ale także wprowadził swój autorski warunek *sine qua non* wykonania nakazu, tj. konieczność „bezwprawnego pozostawiania na wolności” przez osobę ściganą⁸¹. W art. 14 *Extradition Act 2003* została ukonstytuowana dodatkowa przesłanka odmowy wykonania, tj. uciążliwość (*oppressive*) rozumiana jako nadmierne opóźnienie⁸² oraz niesprawiedliwość (*unjust*), czyli negatywne nastawienie organu, brak bezstronności⁸³. W 2014 r. Parlament wprowadził także poprawkę do *Extradition Act* konstytuującą przesłankę proporcjonalności nakazu, której ocenę pozostawił sędziom orzekającym⁸⁴. Warto nadmienić, że zasada ta była stosowana przez brytyjskie sądy wcześniej na zasadzie precedensu, czego przykładem jest *casus* Jarosława Ostrowskiego⁸⁵.

⁸⁰ M. Fichera, *The implementation...*, s. 171.

⁸¹ H. Kuczyńska, *Wspólny obszar...*, s. 166.

⁸² Upływ zbyt długiego okresu czasu od popełnienia przestępstwa do momentu ekstradycji.

⁸³ W prawie angielskim nie ma określonych ogólnych terminów przedawnienia. Po prostu przyjmuje się, że po pewnym czasie ściganie lub wykonanie kary nie jest już możliwe, choćby przez wzgląd na niemożność dokonania ustaleń faktycznych.

⁸⁴ Zmiana wprowadzona ustawą z dnia 13 marca 2014 r. – *The Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014* (c.12), poprzez dodanie nowej sekcji 21A „*Person not convicted: human rights and proportionality*”.

⁸⁵ Sąd stwierdził, że wydanie obywatela Polski, co do którego toczyło się postępowanie w sprawie posiadania narkotyków, w którym podejrzany nie był zawiadamiany o czynnościach, mimo podania adresu do doręczeń, stanowiłoby wykroczenie przeciwko przesłance proporcjonalności nakazu. Zob. wyrok *High Court Ireland MJLR v. Ostrovski* (2012), IEHc 57, cyt. za A. Kluczevska-Rupka, *Reforma europejskiego nakazu aresztowania a ochrona konstytucyjnych wartości państwa członkowskich UE* [w:] *Prawo UE a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, red. S. Dudzik, N. Półtorak, Warszawa 2013, s. 520.

3.3. Ocena zakresu transpozycji decyzji ramowej w Polsce i w Wielkiej Brytanii oraz jego wpływ na praktykę wykonywania ENA

Decyzja ramowa w sprawie ENA miała likwidować wiele przeszkód prawa karnego międzynarodowego, zwłaszcza tych ograniczających efektywność procedury ekstradycyjnej. Mimo iż decyzja znosi możliwość uwzględniania zasad podwójnej karalności i obywatelstwa, to państwa członkowskie powołując się na wyjątki, a także wykorzystując fakt niewiążącego charakteru aktu wtórnego, dokonują często transpozycji *contra legem*. Taki zarzut w mniejszym lub większym stopniu można uczynić zarówno Polsce, jak i Wielkiej Brytanii⁸⁶. Oba te państwa ograniczyły materialny zakres stosowania ENA z powodu zakreślenia odrębnych wymogów co do minimalnych progów kary i niewłaściwego przełożenia pojęcia *acts punishable*, co ograniczyło możliwość wydania nakazu jedynie do przypadku popełnienia przestępstwa. Podjęły także ryzyko przywrócenia przynajmniej częściowej weryfikacji czynów pod kątem podwójnej odpowiedzialności karnej, co zresztą było sygnalizowane przez Brytyjczyków na etapie przygotowywania projektu decyzji, poprzez wskazanie na niską jakość kontynentalnego prawa karnego oraz niekompetencję europejskich prokuratorów, którzy wydają ENA nie mające uzasadnienia w zgromadzonym materiale dowodowym⁸⁷.

Wiele trudności w wyegzekwowaniu odpowiedzialności karnej obywatela polskiego dostarcza procedura warunkowego przekazania i ograniczenie przekazania w celu odbycia kary poza granicami Polski. Niewątpliwie wpływ na sposób i zakres transpozycji w Wielkiej Brytanii ma specyfika jej systemu prawnego i „istnienie w dziedzinie postępowania karnego partykularyzmów narodowych”⁸⁸. Systemy *common law* i *civil law* co do zasady wzajemnie się wykluczają, choć obecnie i tak możemy zaobserwować znaczne ujednoczenie⁸⁹. Doktryna anglosaskiego prawa karnego

⁸⁶ Analiza kolejnych sprawozdań Komisji z 2005, 2006, 2007 i 2011 r., <http://eur-lex.europa.eu>, 2.01.2016.

⁸⁷ M. Fichera, *The implementation...*, s. 164.

⁸⁸ H. Kuczyńska, *Wspólny obszar...*, s. 18.

⁸⁹ Proces kontynentalny przejmując kontradyktoryjny charakter i coraz większą wagę przykłada się do orzecznictwa sądowego, z kolei prawo precedensowe jest ujmowane w sztywne ustawowe ramy.

opowiada się za szerokim oportunistycznym ściganiem, który stoi w opozycji do pielęgnowanej na kontynencie zasady legalizmu. Ta rozbieżność ma szczególne przełożenie na kwestię stosowania ENA i doskonale obrazują ją statystyki nakazów kierowanych przez Polskę do Wielkiej Brytanii.

Z danych statystycznych zebranych przez Komisję Europejską za lata 2005–2009⁹⁰ wynika, że spośród prawie 55 tys. nakazów wydanych w tym okresie przez wszystkie kraje członkowskie UE, aż 17 tys. (tj. 31%) pochodziło z Polski. W wykonaniu ENA wydanych przez polskie sądy przekazano zaś w tym czasie w sumie 2 765 osób ściganych. W 2005 r., czyli już w pierwszym roku po przyjęciu decyzji, Polska wystosowała 1448 nakazów, a dla porównania Wielka Brytania jedynie 129. W 2007 r. polskie sądy wydały natomiast 3472 nakazów ENA (wzrost niemal o 100% w porównaniu do poprzedniego badania), a w 434 przypadkach procedura zakończyła się efektywnym przekazaniem osoby ściganej. Brytyjczycy w przeciągu tego samego roku wystosowali 187 wniosków⁹¹.

Polska od początku funkcjonowania ENA zdecydowanie przodowała w brytyjskich statystykach⁹². Dla kontrastu warto wskazać, iż w pierwszym roku funkcjonowania ENA w Wielkiej Brytanii (2004 r.), organy tego państwa wydały tylko 96 nakazów, z czego 41 zostało wykonanych. Wyraźnie widać, że Zjednoczone Królestwo podeszło z większym dystansem niż Polska do możliwości eksploatacji tego instrumentu. Ekspertki Komisji wskazują, że było to wynikiem nie tylko represyjnego systemu karnosądowego, jaki funkcjonuje w Polsce, ale także wyjątkowej skłonności zarówno prokuratorów oraz sędziów do korzystania z tego mechanizmu ścigania. Często wskazuje się, że ENA był także stosowany w zupełnie błahych sprawach. Najbardziej transparentne przykłady, w których ENA zostało skierowane właśnie do Wielkiej Brytanii to choćby ścigane mężczyzny oskarżonego o kradzież trzech sztuk prosiąt czy historia młodego

⁹⁰ *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2005–2009*, <http://www.consilium.europa.eu>, 2.01.2016.

⁹¹ *European Arrest Warrant Statistics 2004–2015*, <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/publications/European-arrest-warrant-statistics>, 3.01.2016.

⁹² *Por. Authority of the House of Lords, European Arrest Warrant – Recent Developments. 30th Report of Session 2005–06*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/lducom/156/156.pdf>, 3.01.2016.

mężczyzny, który ukradł z kiosku małego pluszowego misia o wartości 4,60 zł⁹³. Londyńscy stróże prawa musieli także aresztować mężczyznę, który już po swoim wyjeździe do Wielkiej Brytanii został oskarżony o kradzież parasola ogrodowego o wartości 300 zł. Czasami takie sprawy miały prawdziwie dramatyczny wymiar, jak w przypadku kobiety, która była ścigana na podstawie ENA za to, iż po rozstaniu z partnerem, wróciła do Polski z ich wspólnym dzieckiem, a nie uregulowała uprzednio sytuacji prawnej małoletniego (podejrzanie tzw. rodzicielskiego uprowadzenia)⁹⁴. Ważnym czynnikiem wpływającym na ilość wydawanych w tym okresie ENA jest podwojenie liczby polskich emigrantów⁹⁵, co sprawia, że liczba wniosków o przekazanie jest nieco bardziej uzasadniona.

Powyższe statystyki stanowią jedynie egzemplifikację podstawowej rozbieżności, jaka rysuje się pomiędzy polskim a brytyjskim procesem. Organy ścigania w Polsce są zobligowane do kierowania się zasadą legalizmu. Przeciwna jej zasada oportunistyczna, właściwa dla systemu *common law*, pozwala na zaniechanie ścigania jako niecelowego, zwłaszcza w odniesieniu do czynów bagatelnych, zgodnie z rzymską maksymą *minima non curat praetor*⁹⁶.

Niepokojący trend dostrzegany w statystykach zaczął się odwracać dopiero w 2012 r., kiedy to polscy prokuratorzy złożyli jedynie 390 wniosków o wydanie europejskiego nakazu aresztowania. Sądy zaaprobowały je w 380 przypadkach, zaś w wyniku skutecznego wykonania, przekazano łącznie 356 osób (w 35% przypadków z Wielkiej Brytanii). Wyrównała się także dysproporcja pomiędzy nakazami wydawanymi a wykonywanymi. Do Polski wpłynęło 346 ENA (w tym tylko 7 z Wielkiej Brytanii), a w 68 przypadkach sądy polskie odmówiły wykonania. W 2013 r.

⁹³ Został za ten czyn skazany na rok pozbawienia wolności w zawieszeniu i obowiązkowy dozór kuratora, od którego się uchylał.

⁹⁴ A. Łukaszewicz, *Za długa ręka sprawiedliwości*, „Rzeczpospolita” z dnia 28 kwietnia 2013 r., <http://prawo.rp.pl/artukul/1004222.html>, 2.01.2016.

⁹⁵ Według danych Głównego Urzędu Statystycznego w 2002 r. liczba emigrantów do krajów UE kształtowała się na poziomie 451 tys., zaś już w 2004 r. było to blisko 750 tys. osób. Zob. GUS, *Informacja o kierunkach i rozmiarach emigracji z polski w latach 2004–2011*, http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/LU_infor_o_rozm_i_kierunk_emigra_z_polski_w_latach_2004_2011.pdf, 1.01.2016.

⁹⁶ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 132.

nastąpiło nieznaczne zwiększenie ogólnej liczby wydanych nakazów – tj. 633 wnioski, ale tylko 357 było skierowanych do konkretnych państw członkowskich, w tym 150 do Zjednoczonego Królestwa (pozostałe to tzw. ENA poszukiwawcze). W ubiegłym roku liczba skierowanych wniosków utrzymała się na poziomie 538, z czego 373 osoby zostały przekazane w tym 124 z terytorium Wielkiej Brytanii. W tym samym czasie z Wielkiej Brytanii wpłynęło 12 wniosków w ramach ENA⁹⁷.

W przypadku polskiego wymiaru sprawiedliwości, wysokie statystyki były wynikiem zbyt częstego orzekania kar pozbawienia wolności w zawieszeniu, a także tzw. zastępczych kar pozbawienia wolności za niewykonanie obowiązków nałożonych w związku z orzeczeniem kary ograniczenia wolności lub w przypadku nieuregulowania kary grzywny⁹⁸.

Odmienność systemów prawnych znalazła odzwierciedlenie w orzecznictwie brytyjskich sądów, które przy okazji orzekania o wykonaniu nakazu borykały się z wieloma problemami natury prawnej. Zwłaszcza, że według brytyjskich statystyk, udział polskich wniosków w ich ogólnej liczbie określa się na około jedną trzecią⁹⁹. Problematyczną kwestią okazała się np. interpretacja kary łącznej, która jest nieznaną prawu anglosaskiemu¹⁰⁰. Angielski *High Court* stanął także przed trudną decyzją o wykonywaniu wniosków o czyny mniejszej wagi (np. ENA wydane w związku z paserstwem telefonu komórkowego). Ostatecznie stwierdził jednak, iż „trywialność przestępstwa nie może przesądzać o odstąpieniu od wykonaniu nakazu”. Organy

⁹⁷ *Sprawozdania Prokuratora Generalnego z rocznej działalności prokuratury za lata 2010–2014*, <http://www.pg.gov.pl/>, 1.01.2016.

⁹⁸ W 2010 r. Komisja Europejska wydała specjalny podręcznik *Jak wystawić europejski nakaz aresztowania*, w którym zwróciła uwagę zwłaszcza na aspekt proporcjonalności działań podejmowanych przez organy ścigania; http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawo_eu/ue2/podrecznik-ena-pl.pdf, 2.01.2016.

⁹⁹ Zob. R. Davidson, *A Sledgehammer to Crack a Nut? Should there be a Bar of Triviality in European Arrest Warrant Cases*, „Criminal Law Review” 2009, s. 35.

¹⁰⁰ Konkretnie chodziło o wyjaśnienie, czy wymóg, aby orzeczona kara wynosiła nie mniej niż cztery miesiące, powinien się odnosić do kar jednostkowych, czy tylko do ogólnej wysokości kary łącznej. Zob. sprawa *Pilecki v. Circuit Court of Legnica, Poland (2008)* UKHL 7; M. Fichera, *The implementation...*, s. 183.

brytyjskie, powołując się jednak na zasadę podwójnej karalności, często odmawiają przekazania w sprawach o tzw. przestępstwo niealimentacji¹⁰¹.

Podobnie rzecz ma się z wyrokami wydawanymi *in absentia*. Sądy działające w systemie *common law* często odmawiają wykonania nakazu powołując się na przesłankę zdefiniowaną w art. 4a decyzji. Wynika to przede wszystkim z uwarunkowań modelowych tamtejszego procesu, który co do zasady wymaga obowiązkowej obecności oskarżonego na rozprawie. Musi on mieć możliwość wysłuchania zarzutów (*indictment*) i przyznania się do winy (*plea of guilty*), gdyż właśnie w przypadku przyznania się oskarżonego do winy, sędzia wydaje wyrok skazujący bez kontynuowania dalszego postępowania¹⁰².

Przyjęcie ENA skutkowało niewątpliwie usprawnieniem wzajemnej współpracy. Na przeprowadzenie tradycyjnej procedury ekstradycji potrzebowano średnio jednego roku, natomiast w przypadku wykonania ENA, czas ten został zredukowany do około 48 dni¹⁰³.

Mimo tak wielu różnic i problemów, należy stwierdzić, iż współpraca w wymiarze praktycznym pomiędzy Wielką Brytanią a Polską dotychczas przebiega stosunkowo efektywnie, zwłaszcza, gdy weźmie się pod uwagę relację pomiędzy liczbą nakazów kierowanych a wykonywanych.

4. Podsumowanie

Robert Schuman w swoim duchowym i politycznym testamencie wskazał, że „nie wyrzekamy się i nigdy nie wyrzekniemy się ojczyzny, nie zapominamy o obowiązkach wobec niej. Ale coraz wyraźniej rozumiemy, że ponad ojczyzną istnieje wspólne dobro ważniejsze od interesu narodowego, to wspólne dobro, na którym opierają się i w którym spotykają się indywidualne interesy naszych krajów”¹⁰⁴. Niewątpliwie takim dobrem

¹⁰¹ Sami nie penalizują tego zachowania, ponieważ uznają, że wystarczającą formą rozwiązania tego sporu jest możliwość dochodzenia roszczeń na drodze cywilnej. Zob. A. Lach, *Bariery w wykonywaniu w państwach common law europejskiego nakazu aresztowania wydanego w Polsce*, PS 2010, z. 3, s. 87–95.

¹⁰² S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 99.

¹⁰³ BBC News Europe, *European Arrest Warrant*, <http://www.bbc.com/news/world-europe-23239493>, 2.01.2016.

¹⁰⁴ R. Schuman, *Pour l'Europe*, Paryż 1964, cyt. za A. Marszałek, *Суверенность а интеграция европейска в перспективе исторической*, Łódź 2000, s. 304.

jest bezpieczeństwo, zaś jedynym znanym sposobem zapewnienia bezpieczeństwa jest wprowadzenie odpowiedniego systemu norm, których przestrzeganie jest zagwarantowane możliwością zastosowania ściśle zdefiniowanych sankcji.

Unia Europejska sukcesywnie kształtuje instytucje wspólnotowego prawa karnego. Implementacja decyzji w sprawie ENA skupiła jak w soczewce wszystkie problemy i rozbieżności, jakie towarzyszą integracji w Przestrzeni Bezpieczeństwa, Wolności i Sprawiedliwości. Jednak po przeszło dziesięciu latach funkcjonowania ENA można śmiało powiedzieć, że instrument ten odniósł duży sukces operacyjny i poprawił swobodny przepływ osób na terytorium UE. Państwa członkowskie, które obawiały się napływu ludności po rozszerzeniu struktur w 2004 r., zyskały poczucie pewności, że otwarcie granic nie będzie wyzyskiwane przez przestępców.

Oczywiście ENA nie jest mechanizmem doskonałym, ma wiele wad zarówno na poziomie konstrukcji samej decyzji ramowej, jak i na etapie implementacji postanowień aktu do porządków krajowych. Współpraca państw, które mimo tak wrażliwej materii, zdecydowały się podjąć wysiłki na rzecz stopniowej integracji w dziedzinie prawa karnego nie jest łatwa. Unia Europejska jest specyficzną strukturą integracyjną, w której możliwe jest współistnienie państw o odrębnych systemach, czerpiących swoje tradycje z innych źródeł, mających odmienne uwarunkowania kulturowe i społeczne, dysponujących niekompatybilnymi rozwiązaniami prawnymi. Przy całej różnorodności wszystkie te podmioty potrafiły do tej pory kooperować ze znaczną efektywnością, jednak dynamiczna sytuacja międzynarodowa weryfikuje dotychczasowe założenia. Ciekawym studium przypadku jest tutaj współpraca Polski i Wielkiej Brytanii, która w świetle przywoływanych wyżej danych statystycznych z ostatniej dekady, była jedną z najbardziej owocnych w całej UE, pomimo rozbieżności w samym podejściu do idei wzajemnego uznawania, a nade wszystko posiadania rozłącznych systemów prawnych.

Zestawiając prawne podstawy funkcjonowania instytucji nakazu w tych dwóch państwach widać, iż przyczyny różnorodnego podejścia do praktycznego wykorzystania tej instytucji tkwią zwłaszcza w sferze prawnej, sięgającej korzeniami do modelowych różnic systemów *civil* i *common*

law, uwarunkowań społeczno-kulturowych mających swe źródła w konstytucyjnych gwarancjach praw obywatelskich i przeprowadzenia transpozycji miejscami odbiegającej od pierwotnych założeń decyzji.

Nie sposób nie zauważyć, że efekt procesu tworzenia ram ustrojowych dla wymiaru sprawiedliwości znacznie osłabia postawa państw. Oparta na paradygmacie suwerenności, ciągle jeszcze nie daje pełnego prymatu trzeciofilarowym instrumentom albo stosuje rozwiązania pośrednie – tzw. „hybrydalne”¹⁰⁵ (wystarczy spojrzeć na wybiórczo przeprowadzaną transpozycję decyzji). W integrującej się Europie panuje przekonanie, że suwerenność należy do szczególnie ważnych, cenionych i strzeżonych wartości zarówno w życiu człowieka, jak i w funkcjonowaniu całego społeczeństwa¹⁰⁶. Mimo iż wydawało się, że państwa sukcesywnie zmiierają do przedefiniowania pojęcia suwerenności, tak by można było mówić o jednorodnej wspólnotie suwerennych państw, których samowładność i całkowładność będzie niekwestionowana, a jednocześnie w pełni uwzględni konieczność samoograniczenia kompetencji na rzecz pogłębienia integracji, zbieg wielu czynników zwłaszcza natury ekonomicznej, ale i dotyczących sfery bezpieczeństwa (międzynarodowy terroryzm znowu odgrywa swoistą rolę katalizatora zmian) kompletnie odwrócił tendencje i obecnie możemy raczej mówić o trendzie dezintegracyjnym.

Bez względu na przywoływane różnice, wydaje się, że zarówno Polska, jak i Wielka Brytania popierają integrację międzynarodową, której efektem jest wolność w handlu międzynarodowym oraz w innych dziedzinach współpracy. Sprzeciwiają się natomiast, jak dotychczas, zbytniej instytucjonalizacji integracji w zakresie usytuowania władzy, aspektów wolności, praw człowieka i suwerenności, ale i zbytniej ingerencji w szeroko pojętą politykę gospodarczą.

Nieustannie zatem mamy do czynienia z tradycyjnie ukształtowaną antynomią – państwa decydują się na wyodrębnienie i uznanie wspólnych wartości w prawie karnym, ale jednocześnie pozostają wierne pewnym wartościom konstytucyjnym, stanowiącym przeszkody ekstradycyjne.

¹⁰⁵ A. Górski, *Wspólne wartości w prawie karnym a konstytucyjne przeszkody w ich realizacji: rozważania o metodach i celu europeizacji prawa karnego*, Centrum Europejskie – Natolin, z. 21, Warszawa 2005, s. 5.

¹⁰⁶ A. Marszałek, *Suwerenność...*, s. 19.

Człowiek ma prawo żądać od swojego państwa pełnej ochrony prawnej, ale z drugiej strony, ów człowiek cieszy się paneuropejskimi swobodami, a co za tym idzie, podlega transnarodowym normom¹⁰⁷. Wydaje się zatem całkowicie uzasadnione, że w obliczu nowych wyzwań dla prawa karnego, ENA słusznie relatywizuje prawo do jurysdykcji krajowej. Nie sposób się zatem zgodzić z twierdzeniem Berndta Schünemanna, iż „dopuszczona w ramach UE zasada wydawania własnych obywateli narusza podstawowy kanon demokracji”¹⁰⁸. Powszechne uznanie, że demokracja jest gwarantem bezpieczeństwa, nie pozwala zasłaniać się przymiotami tego ustroju, odmawiając rzetelnego osądzenia osoby, tylko dlatego, że jest obywatelem danego państwa.

Zacieśnianie współpracy w tym obszarze jest coraz bardziej aktualnym problemem, z uwagi na realia, z którymi prawdopodobnie przyjdzie się zmierzyć zintegrowanej Europie po formalnym wystąpieniu Wielkiej Brytanii ze struktur UE. Odpowiedź na pytanie o kształt przyszłych stosunków Zjednoczonego Królestwa z pozostałymi państwami członkowskimi przyniosą dopiero negocjacje, w ramach których ostatecznie ustali się także nowy zarys współpracy w sprawach karnych. Nie sposób obecnie jednoznacznie określić nawet, czy Wielka Brytania podejmie próbę wystąpienia z obszaru rynku wewnętrznego, co może implikować kwestie stosowania takich instrumentów, jak choćby ENA.

Już teraz jednak konieczność intensyfikacji wysiłków w celu pełnego zagwarantowania praw podstawowych i gwarancji procesowych jest dostrzegana przez europejskiego prawodawcę, o czym świadczą liczne projekty dyrektyw czy sprawozdanie zawierające zalecenia w sprawie przeglądu ENA¹⁰⁹. Z całą pewnością, stworzenie kompleksowego prawa karnego w wymiarze europejskim, przy uwzględnieniu obecnego stopnia internalizacji idei integracji przez państwa członkowskie i wszelkich różnic, jakie je dzielą, jest w tym momencie niemożliwe. Konkludując,

¹⁰⁷ A. Górski, *Wspólne wartości...*, s. 9.

¹⁰⁸ A. Sakowicz, *Zasada ne bis...*, s. 229.

¹⁰⁹ Sprawozdanie z dnia 28 stycznia 2014 r. zawierające zalecenia dla Komisji w sprawie przeglądu europejskiego nakazu aresztowania (2013/2109(INL)), oparte na raporcie przygotowanym przez Komisję Praw Człowieka, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, sprawozdawca Sarah Ludford.

wypada stwierdzić, że ENA jest niezaprzeczalnie jednym z największych osiągnięć w tej dziedzinie współpracy. Nie powinno się go jednak postrzegać jako niezmiennego dogmatu danego raz na zawsze. Jest to raczej mechanizm wymagający ciągłej ewolucji, udoskonalania, co jest możliwe tylko na drodze konsensusu i wzajemnych ustępstw czynionych przez wszystkie państwa członkowskie UE. A mottem tych zmian warto uczynić strawestowaną wypowiedź komisarz Viviane Reding¹¹⁰, iż ENA, jako narzędzie stanowiące swego rodzaju most łączący różne porządki prawne, jest osiągnięciem, z którego UE powinna być dumna, ale jak każda budowla potrzebuje solidnego zabezpieczenia, tak by mieć pewność, że jest stabilna. W obliczu niesprzyjających warunków i coraz bardziej nieprzewidywalnych zjawisk występujących w środowisku międzynarodowym, Unia Europejska, by dalej istnieć i rozwijać się, musi tworzyć takie zabezpieczenie prawne i budować wzajemne zaufanie między państwami członkowskimi.

Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia krytyczną analizę wdrożenia decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedur wydawania osób między państwami członkowskimi w Polsce i Wielkiej Brytanii, biorąc pod uwagę szerszy kontekst tej kwestii, ze szczególnym uwzględnieniem praktycznego stosowania tego instrumentu. Zwracając uwagę na zasadnicze znaczenie ENA w europejskiej współpracy sądowej w sprawach karnych podkreślić należy konieczność głębszej zmiany obecnie istniejących rozwiązań. W celu poparcia powyższych rozważań proponuje się analizę licznych argumentów mających na celu udowodnienie pewnych zasadniczych kwestii, takich jak suwerenność państw członkowskich, zasada *nullum crimen sine lege* czy gwarancje chroniące

¹¹⁰ “These remarkable instruments of cooperation – the bridges between our different legal orders – are something that the EU should take pride in. But like any feat of engineering, the proper legal safeguards have to be built in, to make sure that the bridge is structurally sound. We have to have the safeguards, to build the trust”. W odniesieniu do wszystkich instrumentów współpracy w wymiarze sprawiedliwości, Viviane Reding, Komisarz ds. Sprawiedliwości, 21 listopada 2013 r.; *Stockholm’s Sunset: New horizons for justice in Europe*, marzec 2014 r., <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Stockholms-Sunset.pdf>, s. 40, 3.06.2016.

prawa podstawowe podczas procedury wydawania osób. Rozbieżności w tym zakresie mogą doprowadzić do zmniejszenia wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi oraz zahamowania procesu integracji europejskiej.

Słowa kluczowe: europejski nakaz aresztowania, wzajemne uznawanie, decyzja ramowa, implementacja, prawo karne

Implementation of the Framework Decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States in Poland and the United Kingdom – a decade of cooperation and perspective on changes

S u m m a r y

This paper presents the critical analysis of the implementation of the Framework Decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States in Poland and the United Kingdom considering the broader context of the issue, with the particular focus on the practical application of this instrument. While noticing the essential position of the European Arrest Warrant in the European judicial cooperation in criminal matters, the author points to a necessity of deeper change of the currently existing forms. In support of the foregoing, numerous arguments are presented in relation to sovereignty of the Member States, the principle *nullum crimen sine lege* or the guarantees to protect the fundamental rights during surrender procedure and differences between legal systems. Discrepancies might result in diminished mutual confidence between member states and inhibit European Integration.

Keywords: European Arrest Warrant, mutual recognition, framework decision, implementation, criminal law

Katarzyna Wawrzyńczak-Mistygacz, e-mail: wawrzynczak.katarzyna@gmail.com

**GŁOSA DO UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 13 GRUDNIA 2013 R.,
III CZP 79/13 (OSP 2014, NR 10, POZ. 91)**

„Dopuszczalne jest zawarcie umowy darowizny na wypadek śmierci, jeżeli jej przedmiotem są konkretne rzeczy lub prawa, a umowa nie jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”

I

Darowizna na wypadek śmierci jest instytucją znaną wielu systemom prawnym, a która w Polsce od dawna budzi spory w doktrynie. Jej doniosłe społeczne i gospodarcze przeznaczenie sprawia, że jest przedmiotem zainteresowania wielu prawników zajmujących się prawem spadkowym lub prawem zobowiązań. Mogłoby się wydawać, że gdy Sąd Najwyższy podjął uchwałę, w której uznał za dopuszczalne „zawarcie umowy darowizny na wypadek śmierci, jeżeli jej przedmiotem są konkretne rzeczy lub prawa, a umowa nie jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”¹, to właściwie rozstrzygnął dyskusję. Tak jednak się nie stało, a pewne problemy zostały wręcz pogłębione. Brak zgody w doktrynie dotyczy nie tylko tego, czy darowizna taka jest w ogóle dopuszczalna i jakie mogą być jej skutki, ale także kwestii, jakie skutki ma norma prawna, z której należy wywodzić zakaz zawierania darowizny *mortis causa*. Niniejsza głosa służy polemice z tezą i argumentacją przedstawioną przez Sąd Najwyższy, a także refleksji nad zagadnieniem darowizny na wypadek śmierci, a przede wszystkim nad jej związkami z instytucjami prawa spadkowego. Oczywiście ograniczona objętość opracowania nie pozwala na pełne zgłębienie problematyki, a jedynie zasygnalizowanie najistotniejszych – w mojej ocenie – zagadnień.

Choć stan faktyczny był jedynie pretekstem do omawianego rozstrzygnięcia, to rzetelność badawcza wymaga jego krótkiego zarysowania.

Spadkodawca za życia dokonał dwóch pożyczek, różnie oprocentowanych i o różnie określonych terminach płatności odsetek. Jedna została

* Uniwersytet Warszawski, Kolegium Międzyobszarowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych i Społecznych, ul. Dobra 72, 00-312 Warszawa, e-mail: bajerski.michal@gmail.com.

¹ Uchwała SN z dnia 13 grudnia 2013 r., III CZP 79/13 (OSP 2014, nr 10, poz. 91).

zawarta na czas nieoznaczony, a druga na 20 lat. Pożyczkobiorca nie płacił odsetek, jednak pożyczkodawca się ich nie domagał. Co istotne – umowy zawierały klauzule, zgodnie z którymi w razie śmierci pożyczkodawcy pożyczki ulegają umorzeniu. Spadkobierca pożyczkodawcy wystąpił do sądu z powództwem o zasądzenie odsetek i zwrot kapitału części drugiej pożyczki. Sąd Okręgowy przyjął, że tak ukształtowana umowa między pożyczkodawcą a pożyczkobiorcą była darowizną na wypadek śmierci i przez to była niedopuszczalna, jednak uznał żądania powoda za nadużycie prawa i powództwo oddalił. Powód wniósł apelację do Sądu Apelacyjnego, który ponownie uznał umowę między pożyczkodawcą a pożyczkobiorcą za darowiznę na wypadek śmierci i skierował do Sądu Najwyższego pytanie prawne dotyczące dopuszczalności takiej instytucji.

Trzeba przyznać, że argumentacja Sądu Najwyższego jest obszerna i nawiązuje do wielu różnych aspektów darowizny na wypadek śmierci. Jej szkielet posłuży mi jako model dla polemicznego wyводу. Najpierw omówię argumenty historycznoprawne i prawnoporównawcze. Następnie skupię się na art. 941 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121) – dalej: k.c. – a w jego ramach na ważnym zagadnieniu: czy tak ukształtowaną darowiznę należy uważać za czynność prawną *inter vivos* czy *mortis causa*.

W dalszej kolejności omówiony zostanie art. 1047 k.c., jako źródło hipotetycznego zakazu zawierania darowizn na wypadek śmierci. Przedmiotem rozważań w kolejnych akapitach będzie wpływ najbardziej doniosłych zasad i klauzul generalnych w prawie cywilnym: zasady swobody testowania, zasady swobody umów i zasady jedności spadku na dopuszczenie zawierania darowizn *mortis causa*. Pomoże to odpowiedzieć na pytanie, jak darowizna na wypadek śmierci służy lub zagraża poszczególnym uczestnikom obrotu – spadkobiercom, spadkodawcom, wierzycielom spadkowym i uprawnionym do zachowku. Na końcu opiszę także darowiznę na wypadek śmierci w kontekście legislacyjnym, co także powinno stanowić istotną wskazówkę odnośnie do tego, jak należy tę instytucję rozumieć².

² T. Chauvin, T. Stawicki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 224 i n.

II

Sąd Najwyższy na początku swojej argumentacji wskazuje na bogatą historyczną tradycję darowizny *mortis causa*, ze szczególnym uwzględnieniem tego, że od zawsze tematyka ta budziła znaczne kontrowersje.

Dość zaskakujący jest wniosek Sądu Najwyższego, że „gdyby ustawodawca chciał wykluczyć zawarcie umowy darowizny na wypadek śmierci, to sformułowałby w kodeksie cywilnym stosowny zakaz”. Wydaje się, że kontekst historyczny stawia na równi z tą tezą tezę zupełnie odwrotną: gdyby ustawodawca, świadom kontrowersji, chciał dopuścić taką darowiznę, to wyraźnie sformułowałby ją w kodeksie jako wyjątek od generalnych zakazów. Wniosek ten jest tym bardziej uprawdopodobniony, że istniały prace nad stosowną nowelizacją³, jednak do zmian nigdy nie doszło. Świadomość takiego stanu jest o tyle istotniejsza, że ze względu na trójpodział władzy sądy – w tym Sąd Najwyższy – jedynie sprawują władzę sądowniczą, zaś to ustawodawca stanowi prawo. Skoro nie było politycznej woli uchwalenia dopuszczalności darowizny *mortis causa*, to należałoby się zastanowić, czy dopuszczając taką instytucję, Sąd Najwyższy nie wkroczył tak naprawdę w kompetencje ustawodawcy.

Należy w tym miejscu zauważyć, że darowizna *mortis causa*, choć wywodząca się z prawa rzymskiego⁴, nie jest instytucją prawa wyrosłą na gruncie romańskim. Wiele systemów prawnych reguluje ją w różny sposób. Darowiznę na wypadek śmierci dopuszcza prawo austriackie, choć osobno reguluje ją jako czynność *mortis causa*, a inaczej jako czynność *inter vivos*⁵, a także prawo szwajcarskie, greckie czy węgierskie⁶. Przewiduje ją także BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch §2301.1 vom 18. August 1896, RGBl. Nr. 21, S. 195*), którego przepisy stanowią, że „do przyrzeczenia darowizny złożonego pod warunkiem, że obdarowany przeżyje darczyńcę, stosuje się przepisy o rozrządzeniach na wypadek śmierci”. Nie musi mieć to formy umowy darowizny, wystarczy także jednostronne i formalne

³ Sejm RP VI kadencji, druk sejm. nr 2116 oraz 3018.

⁴ Marcjan [w:] D. 39.6.1 czy I 2.7.1.

⁵ W. Borysiak, *Dziejczyczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, Warszawa 2013, s. 279.

⁶ Tamże, s. 279.

oświadczenie darczyńcy, a darowizna taka do swej skuteczności wymaga zachowania formy wymaganej do umów dziedziczenia bądź w stosunku do testamentu, tratowana może być więc (w zależności od sytuacji) jako zapis, umowa o zapis lub umowa dziedziczenia⁷. Darowizna taka wywołuje skutki analogiczne do polskiego zapisu windykacyjnego i skonstruowana jest w podobny sposób, co pozwala dostrzec, że instytucje te są bardzo zbliżone i nawet jeśli pełnią różne funkcje, to w istocie prowadzą do jednego celu.

Wyrażony wprost zakaz dokonywania darowizn na wypadek śmierci zawiera prawo francuskie w art. 943 i 1130 francuskiego kodeksu cywilnego (*Code civil version consolidée au 16 mars 2016, Journal officiel de la République française*)⁸.

Powyższe rozważania pokazują, że darowizna na wypadek śmierci kształtowana jest w różny sposób, czasem też jest *explicite* zakazywana, jednak, co najistotniejsze, prawodawstwo niemieckie kształtuje darowiznę na wypadek śmierci podobnie jak polski ustawodawca zapis windykacyjny, co każe się zastanawiać nad dopuszczalnością stosowania praktycznie nieuregulowanej instytucji w tak doniosłej sferze jak czynności na wypadek śmierci.

III

Sąd Najwyższy, po rozważaniach historycznoprawnych, zastanawia się, czy zakaz darowizny *mortis causa* można wywieść z art. 941 k.c. Ustala, że wykładnia systemowa nakazuje niedopuszczalność odnoszenia tego przepisu do innych działów prawa spadkowego. Dalej ustala, że darowizna *mortis causa* nie jest czynnością *mortis causa*, ale *inter vivos*, co sytuuje ją w części poświęconej zobowiązaniom. W logiczny sposób prowadzi to do związku, że zakaz wyrażony w księdze IV nie może odnosić się do instytucji darowizny, nawet zastrzeżonej na wypadek śmierci. Rozumowanie to opiera się na przesłance charakteru umowy między żyjącymi omawianej konstrukcji darowizny, ta jednak nie jest tak oczywista, jak wykazuje to

⁷ Tamże, s. 278.

⁸ Zob. szerzej: W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, s. 276.

Sąd Najwyższy. Nie ulega wątpliwości, że śmierć darczyńcy jest terminem⁹, a także nie należy do jej jurydycznej istoty¹⁰. Nie jestem jednak przekonany, że brak *mortis causa* w *essentialia negotii* czyni z niej czynność *inter vivos*. Gdyby przyjąć taką koncepcję, okazałoby się, że polski system prawny przewiduje, że do tej kategorii należy jedynie testament, bowiem trudno wymyślić, choćby hipotetyczną, czynność prawną, dla której śmierć byłaby czymś więcej niż terminem. A założenie takie czyniłoby art. 941 k.c. dość dyskusyjnym – w obecnej bowiem formie dopuszcza on rozrządzenie majątkiem na wypadek śmierci jedynie poprzez testament, chyba że, co wskazuje się w doktrynie, przepisy szczególne stanowią inaczej¹¹. Zdaję sobie sprawę, że stanowisko, jakoby termin czyjejś śmierci wystarczał do ukonstytuowania czynności jako *mortis causa*, a nie *inter vivos*, jest dość radykalne i dyskusyjne. Jednak wbrew pozorom brakuje w polskiej doktrynie szerszej refleksji nad tym, czym jest czynność *mortis causa sensu stricto*. Wskazuje się, że brak jest odpowiednio zdefiniowanych pojęć *inter vivos* i *mortis causa* w polskim ustawodawstwie, przez co słusznie zauważa się, że obecnie Kodeks cywilny zna jedynie dwie czynności *mortis causa* – a to w zestawieniu ze stanowiskiem Sądu Najwyższego i niektórych przedstawicieli doktryny prowadzi do ograniczenia kategorii czynności *mortis causa* jedynie do testamentu, a dopuszczenia umów na wypadek śmierci¹².

Na tle rozważań odnoszących się do art. 941 k.c. warto także zastanowić się nad wykładnią językową słowa **rozrządzić**. Określeniu temu nie towarzyszy szersza refleksja, a jego interpretacja może w znaczący sposób wpływać na związki **rozrządzenia** z **rozporządzeniem**. W doktrynie przyjmuje się, że **rozrządzenie** to określenie dyspozycji majątkowych czynionych na wypadek śmierci¹³, że w przeciwieństwie do

⁹ S. Babiarz, *Spadek i darowiżna w prawie cywilnym i podatkowym*, Warszawa 2012, s. 248.

¹⁰ L. Stecki [w:] *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczególna*, red. J. Rajski, t. 7, Warszawa 2004, s. 333; A. Doliwa [w:] *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, t. 10, Warszawa 2011, s. 918–919.

¹¹ E. Niezbecka [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, red. A. Kidyba, t. 4, Warszawa 2011, s. 96.

¹² M. Niedośpiał, *Darowiżna na wypadek śmierci – wybrane zagadnienia na tle uchwały Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2013 r. III CZP 79/12*, „Palestra” 2015, nr 11–12, s. 41.

¹³ E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2012, s. 73.

rozporządzenia nie wywołuje skutku rozporządzającego¹⁴. Językoznawcy wskazują, że **rozrządzenie** to synonim **dysponowania**¹⁵, a więc w sferze semantycznej – tak naprawdę rozporządzenia, jednak myśl taka nie musi kształtować języka prawnego. Być może Sąd Najwyższy myli się, gdy stwierdza, że sama wykładnia językowa wskazywałaby na zakaz dokonywania darowizn – jeśli traktować **rozrządzenie** jako czynność na wypadek śmierci, odwołalną przez jednostronne oświadczenie woli, co odróżnia ją od umowy o dziedziczenie¹⁶, to oczywista staje się różnica od **rozporządzenia**, które takiego charakteru nie ma – i w efekcie tego, rozporządzenia są dopuszczalne w świetle zakazu wynikającego z art. 941 k.c. Także niektórzy przedstawiciele doktryny, choć nie wyrażają tego, opierają się na podobnym rozróżnieniu: dopuszczają darowiznę *mortis causa*, jak długo ma charakter zobowiązaniowy i jest **rozporządzeniem**, gdy zaś do umowy załącza się klauzule dopuszczające jej odwołalność, staje się darowizną *mortis causa sensu stricto*, która jest zakazana. Kluczowa więc dla uznania dopuszczalności darowizny *mortis causa* w świetle art. 941 k.c. jest ocena, czy jest czynnością *mortis causa*, czy *inter vivos*. Należy raczej przychylić się do pierwszego wariantu, drugi powoduje bowiem znaczne rozszerzenie czynności, których można dokonywać na wypadek śmierci, co może nie sprzyjać pewności obrotu. Przede wszystkim rodzi jednak pewnego rodzaju aksjologiczną wątpliwość związaną z zaprzeczeniem zasady *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. Należy także zwrócić w tym miejscu uwagę, że pewien sprzeciw może budzić – i budzi w doktrynie – kwestia uznania, że art. 941 k.c. odnosi się jedynie do księgi IV Kodeksu cywilnego i przez to nie ma charakteru powszechnego, choć przecież mówi się o katalogu zamkniętym czynności na wypadek śmierci¹⁷.

Sąd Najwyższy poświęca wiele miejsca na analizę tego, czy art. 1047 k.c. nie zakazuje dokonywania darowizny na wypadek śmierci. Norma

¹⁴ E. Niezbecka [w:] *Kodeks...*, s. 97.

¹⁵ Słownik Języka Polskiego, <http://sjp.pwn.pl/slowniki/rozrz%C4%85dzenie.html>.

¹⁶ J. Kosik [w:] *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, red. J.S. Piątowski, t. 4, Wrocław 1986, s. 576.

¹⁷ T. Justyński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 13 grudnia 2013 r., III CZP 79/13*, OSP 2014, nr 10, poz. 91.

wyprowadzana z tego przepisu nie dotyczy jedynie prawa spadkowego, ale całego prawa cywilnego, co wynika chociażby z użycia słowa **umowa** w przepisie, które kieruje do działu zobowiązań, a także do umów nienazwanych¹⁸. Omawiany przepis przewiduje „zakaz zawierania umów o spadek po osobie żyjącej”. Sąd Najwyższy przyjmuje, że zakaz ten dotyczy spadku rozumianego jako całość lub ułamkowa część spadku – a więc gdy zachodzi sukcesja uniwersalna, nie zaś sukcesja syngularna. Trzeba jednak zaznaczyć, że nie jest to pogląd jednogłośnie przyjęty przez doktrynę. Niektórzy sądzą, że „wyłączenie możliwości zawierania umów odnosi się do takich czynności, których przedmiot jest cały majątek osoby żyjącej, ułamkowa część takiego majątku lub poszczególne przedmioty”¹⁹. Rozważania Sądu Najwyższego mogą dziwić tym bardziej, że uznaje on, iż przedmiotem takiej darowizny mogą być przedmioty wyczerpujące prawie cały lub cały spadek, jeśli tylko są konkretnie wskazane. Ścieżka taka prowadzi do miejsca, w którym majątek spadkowy staje się abstrakcyjną masą, a ujęcie go w konkretne ramy sprawia, że przestaje być spadkiem. W wyraźny sposób zawęża to doniosłość art. 1047 k.c., pozwalając darczyńcy rozporządzić praktycznie całym swym majątkiem, bez dbałości o zachówek czy o wierzycieli, co może naruszać konstytucyjną zasadę ochrony rodziny i pomija wykładnię funkcjonalną przepisów dotyczących zachowku²⁰. Wydaje się, że dokonując wykładni tegoż artykułu Sąd Najwyższy dokonał ścisłej wykładni językowej pojęcia **spadek**, nie przyznając tego waloru rzeczom, które w drodze sukcesji syngularnej przechodzą na inne podmioty, chociaż w innej sytuacji do masy spadkowej by weszły. Moim zdaniem, z chwilą nadejścia zdarzenia, a jednocześnie terminu umowy darowizny, czyli śmierci, przedmioty te stały się częścią spadku i jako takie zawieranie umów o nie jest niedozwolone. Sąd Najwyższy wskazuje jeszcze na zawodność rozumowania *a contrario*. Przykład ten jest o tyle zbędny, o ile przecież nie wnioskuje się o zakazie dokonywania darowizny *mortis causa*

¹⁸ Choć wniosek taki dziwi T. Justyńskiego, *Glosa...*

¹⁹ J. Gudowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, red. J. Gudowski, t. 4, Warszawa 2013, s. 351; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, s. 317.

²⁰ I. Mazurkiewicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 13 grudnia 2013 r., III CZP 79/2013*, „Palestra” 2015, nr 11–12, s. 152.

na podstawie przepisów pozwalających na dyspozycję konkretnymi składnikami majątku na wypadek śmierci, a więc na przykład przepisów prawa bankowego, a wprost z Kodeksu cywilnego. Jednocześnie wydaje się, że Sąd Najwyższy błędnie identyfikuje funkcje opisywanych przepisów jako służących poszerzeniu wachlarza możliwości prawnych czy „nakazujących” coś bankom czy spółdzielniom. Rozumowanie, z którego wynika, że inne odstępstwa od art. 1047 k.c., jak te wyrażone w przepisach szczególnych są dozwolone²¹, nie tyle jest przykładem rozumowania *a contrario*, ale przykładem związku pomiędzy *lex generali* i *lex specialis*. W tym przypadku przepisem ogólnym jest art. 1047 k.c., który zawiera ogólny zakaz zawierania umów o spadek, zaś przepisy przywoływane przez Sąd Najwyższy stanowią *lex specialis* wskazujące katalog czynności, których można w świetle prawa dokonać. Relacja pomiędzy przepisem ogólnym a szczególnym nie jest już tak zawodna, jak rozumowanie *a contrario*. Stąd, w moim przekonaniu, zakaz zawierania umów darowizny na wypadek śmierci należy wywodzić z art. 1047 k.c., nawet jeśli przedmiot stanowią konkretnie wskazane przedmioty. Sformułowanie zakazu zawierania umów jedynie w kontekście sukcesji uniwersalnej wydaje się nietrafne, co wskazuje także doktryna. Takie źródło omawianej normy pozwala także uniknąć kłopotliwego rozgraniczenia pomiędzy czynnościami *inter vivos*, *inter vivos* ale *mortis causa* (czy raczej *post mortem*) i *mortis causa sensu stricto*, bowiem tu chyba niemożliwy jest jure-doktrynalny konsens.

IV

Oczywiście zupełnie bezowocne byłoby argumentowanie przeciw dopuszczalności darowizny *mortis causa* bez wskazania zagrożeń, które są z nią związane. Czy raczej – aby być ścisłym – zagrożenia te nie są tyle związane z samą jej istotą, ale z brakiem związanych z nią regulacji prawnych, a przez to swego rodzaju normatywną niepewnością. Dlatego poniżej zostanie omówiona ta konstrukcja w kontekście naczelnych zasad prawa cywilnego.

²¹ Co stoi w sprzeczności z wyrażoną w doktrynie zasadą, że rozrządzenia są możliwe jedynie w testamencie, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Por. E. Niezbecka [w:] *Kodeks...*, s. 96.

Przede wszystkim, jeśli chodzi o spadkodawcę, to należałoby powołać przywoływaną już wcześniej zasadę odwołalności testamentu. Nieodwołalność darowizny może w sposób rażący naruszać prawo spadkodawcy do zmiany woli odnośnie do tego, co stanie się z jego spadkiem (i jego częściami, niekoniecznie wyrażonymi w części ułamkowej), aż do śmierci. Przyjęcie przez Sąd Najwyższy, że darowizna *mortis causa* nie narusza swobody testowania ma swoje źródło w wyraźnym podziale na czynności dotyczące spadku i zobowiązania. Jednakże, jak wykazano wcześniej, takie rozłączenie wywodzi się z błędnych systemowo przesłanek, a także znajduje dalsze konsekwencje w funkcjonalności. Możliwość odwołania darowizny ukształtowana jest rygorystycznie, a należy mieć na względzie, że w omawianych przypadkach jej przedmiotem jest tak naprawdę rzecz, która w momencie wystąpienia terminu i wywołania skutków prawnych byłaby częścią spadku. Przywoływanie przez Sąd Najwyższy zasady swobody umów także umocowane jest w systemowym rozróżnieniu zobowiązań i prawa spadkowego, co nie znajduje swojego uzasadnienia w funkcji ekonomicznej darowizny *mortis causa* i zachowku: chodzi o przeniesienie własności po śmierci dotychczasowego właściciela. Należy więc przyjąć, że regulacje prawa spadkowego ograniczają zasadę swobody umów i nie mają charakteru dyspozytywnego, pozwalającego na związanie się mniej korzystnymi postanowieniami, nawet jeśli taka jest wola strony. Chodzi bowiem nie tylko o ochronę spadku po śmierci, ale przede wszystkim imperatywność prawa spadkowego jako realizację głębszych, aksjologicznych zasad, takich jak możliwość decydowania o tym, co stanie się z dorobkiem po śmierci. Nieodwołalna darowizna stoi z tymi wartościami w sprzeczności.

Należy także zauważyć, że inaczej ukształtowane zostały przepisy dotyczące wad oświadczeń woli (art. 82 i n. k.c.) i wad testowania (art. 945 k.c.). Tożsamość zachodzi jedynie w przypadku stanu wyłączającego świadome powzięcie decyzji²², odmiennie zaś uregulowane są pozostałe podstawy. Jeśli przyjąć, że Sąd Najwyższy, że darowizna *mortis causa* jest czynnością przynależną tylko prawu zobowiązań, należy przyjąć ogólny reżim wad oświadczeń woli. Nie bez powodu wady testowania

²² E. Skowrońska-Bocian, *Prawo...*, s. 74 i n.

zostały uregulowane w inny sposób – są one dostosowane do sytuacji spadkobierców i innych podmiotów, które mogą udowodniać nieważność w sposób odpowiadający sytuacji, w której składający oświadczenie nie żyje. Korzystanie z przepisów części ogólnej może nastroczać spadkobiercom trudności dowodowych, szczególnie w przypadku błędu i groźby, co niekorzystnie kształtuje ich sytuację. Należy wziąć także pod uwagę terminy do uchylenia się od oświadczenia woli ujęte w art. 88 k.c. Podobnych terminów zawitych prawo spadkowe nie przewiduje.

Nie tylko w ten sposób darowizna *mortis causa* może zagrażać spadkobiercom. Jako następcy prawni spadkodawcy mogą ponosić odpowiedzialność z tytułu odpowiedzialności kontraktowej lub wad darowizny. Fakt dokonania darowizny ani stan rzeczy nie musiał być im znany w momencie składania oświadczenia o przyjęciu spadku. Można by powiedzieć, że ten argument podważa w ogóle sens odpowiedzialności za długi spadkowe, należy wziąć jednak pod uwagę szczególny aspekt tej sytuacji – obdarowany nie musiał widzieć lub nie miał możliwości oceny przedmiotu darowizny, by dochodzić swych uprawnień od darczyńcy, w przeciwieństwie do czynności dokonywanych *inter vivos*, kiedy może dochodzić swych uprawnień związanych z wadliwością ze stroną, która czynności dokonała. W sytuacji darowizny *mortis causa* odpowiedzialność może zacząć się tak naprawdę dopiero od spadkobiercy i stwierdzenie Sądu Najwyższego, że istnieje możliwość odrzucenia spadku lub przyjęcia go z dobrodziejstwem inwentarza może być mocno na wyrost.

Nie można nie zwrócić także uwagi na bliskość instytucji darowizny *mortis causa* i ujętego w Kodeksie cywilnym zapisu windykacyjnego, co zauważa zresztą także Sąd Najwyższy w swojej uchwale. W takim razie pewien dysonans i zastanowienie budzi szczególne uregulowanie odpowiedzialności tak za zachówek (art. 999 k.c.), jak i za długi spadkowe (art. 1034¹ i 1034² k.c.). Jeśli obie instytucje, z których jedna jest uregulowana kodeksowo, pełnią podobne funkcje i są zbliżone konstrukcyjnie (nabycie własności z chwilą śmierci spadkodawcy/darczyńcy), to skrajnie odmienne ukształtowanie sytuacji na niekorzyść zapisobiorcy windykacyjnego jest niezrozumiałe i można się nawet pokusić o stwierdzenie, że prowadzi do złamania zasad współżycia społecznego – bowiem

w zależności od tytułu osoby nabywające własność konkretnych rzeczy ponoszą odmiennie ukształtowaną odpowiedzialność. Tym sposobem sytuacja obdarowanego jest dużo korzystniejsza niż zapisobiorcy windykacyjnego. W kontekście tych rozważań zdecydowane stanowisko Sądu Najwyższego, jakoby nie mogło być mowy o obchodzeniu odpowiedzialności za długi spadkowe (i zachówek, co nie jest przywoływane), jest zdecydowanie pochopne. Warto tutaj pochylić się nad dorobkiem ustawodawstwa innych krajów i po raz kolejny wskazać uregulowanie, które odnaleźć można w BGB, które dopuszczając zawarcie umowy darowizny *mortis causa*, kształtuje ją podobnie jak ukształtowany jest właściwy naszemu porządkowi prawnemu zapis windykacyjny.

Zgodzić należy się jednak ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że najmniej drastycznie darowizna *mortis causa* ingeruje w prawa wierzycieli. Ci bowiem posiadają przypisane prawem instrumenty (takie jak *actio pauliana*), dzięki którym mogą dochodzić swoich roszczeń także wobec obdarowanych.

V

Jak było wspomniane wcześniej, darowizna *mortis causa* nie jest uregulowana normatywnie – ani wprost dozwolona, ani wprost zakazana. Od dawna postulowało się zmianę tego stanu rzeczy, co znalazło wyraz w pracach legislacyjnych. Jednak żaden z projektów odnoszących się do darowizny *mortis causa* nie został uchwalony. W 2011 r. ustawą z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. poz. 458) znowelizowano Kodeks cywilny, wprowadzając instytucję zapisu windykacyjnego. Warto zauważyć, że w uzasadnieniu do projektu wskazywano, że instytucja ta ma służyć tym samym celom, co darowizna *mortis causa*, budzi jednak mniej wątpliwości natury prawnej²³. Czyni to jasnym *ratio legis* zapisu windykacyjnego i jednoznacznie sprzeciwia się wprowadzaniu do obrotu gospodarczego instytucji darowizny *mortis causa*. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy, prawo stanowione jest świadomie i w celu osiągnięcia konkretnych skutków. Należy

²³ *Uzasadnienie*, Sejm RP VI kadencji, druk sejm. nr 3018, pkt 1 i 2.

brać to pod uwagę także w fazie stosowania prawa²⁴, nie można pomijać tego aspektu. Wola ustawodawcy w świetle prac legislacyjnych, analizy uzasadnień i opinii, a także finalnego rezultatu jest jasna – nie chce on darowizny *mortis causa* w polskim systemie prawnym i nie jest rolą sądów – także Sądu Najwyższego – wprowadzanie jej do obrotu.

VI

Środek ostrożności wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego, czyli ocena *ad casum* jest niewystarczający i nieproporcjonalny dla oceny generalnej dopuszczalności darowizny *mortis causa*. Jako czynność wywierająca skutki po śmierci, nieodwołalna, przenosząca własność rzeczy po śmierci (czyli wtedy, gdy w braku umowy darowizny rzecz należałaby do spadku) a nieujęta w instytucjach prawa spadkowego, nie może być rozpatrywana jedynie w kontekście prawa zobowiązań. Zbyt silne jest jej powiązanie ze spadkiem, spadkobiercami i zachowkiem, a także swobodą testowania, by uznać, że jest to czynność *stricte* zobowiązaniowa. Należy zauważyć, że szczególny reżim prawa spadkowego służy ochronie pewnych szczególnych wartości, takich jak swoboda testowania i ochrona rodziny (gdy chodzi o zachówek), a przepisy księgi IV Kodeksu cywilnego służą zachowaniu równowagi pomiędzy swobodą testowania a zasadami współżycia społecznego.

Moim zdaniem Sąd Najwyższy w przedmiotowej uchwale wspomnianą równowagę naruszył. System prawa cywilnego w obecnym kształcie nie posiada stosownych regulacji, by zapewnić pewność obrotu, odpowiadać społecznemu poczuciu słuszności i realizować wolę testatora z poszanowaniem dla praw innych przy wprowadzeniu darowizny *mortis causa*. Nie postuluję, że jest to instytucja niewłaściwa z samej swej natury, jednak obecny kształt uregulowań normatywnych (czy raczej ich braku) nie zapewnia pewności dostosowania jej do postępowania spadkowego i ochrony praw jego stron – a nawet samego spadkodawcy. Szczególnie mocno akcentuje to wykładnia poprzez teorię aktualnego ustawodawcy.

²⁴ T. Chauvin, T. Stawicki, P. Winczorek, *Wstęp...*, s. 224 i n.

Tak delikatna materia jak stosunki prawne po śmierci wymaga ostrożnej, ale istniejącej regulacji a jej brak powoduje, że darowizna *mortis causa* w mojej ocenie jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego i dąży do obejścia prawa.

Streszczenie

Przedmiotem rozważań jest dopuszczalność dokonania darowizny na wypadek śmierci w polskim systemie prawnym. Sąd Najwyższy w omawianej uchwale stanął na stanowisku, że w świetle obowiązujących regulacji taka możliwość istnieje. Trafność tego rozstrzygnięcia spotkała się z różnym przyjęciem. Niniejsza glosa omawia zagadnienie w różnych kontekstach. Pierwszy wątek to ujęcie historycznoprawne i prawnoporównawcze. Następnie omawia się art. 941 i 1047 Kodeksu cywilnego w poszukiwaniu zakazu – lub przyzwolenia – dokonywania darowizny *mortis causa*. Dalej poszukuje się uzasadnienia aksjologicznego i funkcjonalnego dla takiego zakazu. Całość zamykają uwagi legislacyjne, które w świetle przyjętych zasad pozwalają ocenić analizowaną uchwałę. Całość refleksji prowadzi do konkluzji, że do stanowiska Sądu Najwyższego należy odnieść się krytycznie.

Słowa kluczowe: darowizna, *mortis causa*, prawo spadkowe, zobowiązania

Gloss to Resolution of the Supreme Court dated 13th December 2013

III CZP 79/13 (OSP 2014, no. 10, item 91)

S u m m a r y

According to the glossed resolution of the Supreme Court Polish law allows making a deathbed gifts (also known as a *donation mortis causa*). A considered ruling was met with mixed reception. The problem is considered in wide context. Firstly, the historical and comparative analysis is presented. Secondly, the significance of Art. 941 and Art. 1047 of the Polish Civil Code is mentioned. Subsequently the author is trying to find axiological

and functional justification for allowing or disallowing making gifts *mortis causa*. Finally, there are legislative remarks which shed some light on the legislator's intentions. All of that leads to the conclusion that the glossed resolution shows a questionable interpretation of Polish civil law.

Keywords: gift, deathbed gift, *mortis causa*, contract law, inheritance law

Michał Bajerski, University of Warsaw, College of Inter-Faculty Individual Studies in the Humanities, ul. Dobra 72, 00-312 Warszawa, Poland, e-mail: bajerski.michal@gmail.com.

ZAPROSZENIE DO WSPÓŁPRACY

Redakcja PPUW

serdecznie zaprasza osoby zainteresowane do zamieszczania na łamach PPUW własnych tekstów o tematyce prawniczej (artykułów, esejów, glos, recenzji oraz sprawozdań).

Artykuły powinny być dostosowane do zasad znajdujących się na stronie <http://lawreview.wpia.uw.edu.pl>

KONTAKT Z REDAKCJĄ:

ppuw@wpia.uw.edu.pl

Redakcja zastrzega sobie prawo do dokonywania w tekstach autorskich skrótów oraz zmian redakcyjnych. Teksty są adiustowane, a następnie autoryzowane. Za ostateczne brzmienie tekstu odpowiada autor.

www.lawreview.wpia.uw.edu.pl